

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS STRICTO SENSU

EDUARDO JOÃO GABRIEL FLECK DA SILVA ABREU

REDIMENSIONAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Mestrado em Direito

São Paulo

2023

EDUARDO JOÃO GABRIEL FLECK DA SILVA ABREU

**REDIMENSIONAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Estudos Pós-Graduados *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no núcleo de pesquisa em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos (Marcelo Figueiredo).

São Paulo

2023

Abreu, Eduardo João Gabriel Fleck da Silva

Redimensionamento do controle judicial difuso de constitucionalidade no direito brasileiro.
336 p.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.

Orientador: Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos (Marcelo Figueiredo)

Referências bibliográficas: p. 321-336.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Controle difuso. 3. Controle concreto. 4. Súmula Vinculante. 5. Repercussão Geral. I. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos (Marcelo Figueiredo) orientador. II. Título.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

EDUARDO JOÃO GABRIEL FLECK DA SILVA ABREU

**Redimensionamento do controle judicial difuso de constitucionalidade
no direito brasileiro**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Estudos Pós-Graduados *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no núcleo de pesquisa em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos (Marcelo Figueiredo).

Aprovado em: _____ / _____ / _____.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a calorosa e generosa acolhida do Professor Livre-Docente Marcelo Figueiredo, mestre e constitucionalista da mais elevada estirpe, por quem nutro profunda admiração e respeito e a quem devo o desenvolvimento e conclusão do trabalho. Agradeço, notadamente, pela confiança depositada e pelos instigantes diálogos e valorosas orientações que foram condições imprescindíveis para a elaboração da dissertação.

Cumpro agradecer, também, ao Professor Livre-Docente Luiz Guilherme Arcaro Conci, pela confiança depositada, pelas valiosas sugestões e pelo incentivo para concluir o trabalho.

Agradeço, igualmente, à Professora Doutora Adriana Ancona de Farias e à Professora Doutora Marina Faraco Lacerda Gama, integrantes da Banca Examinadora para qualificação, pelos percucientes e rigorosos apontamentos e sugestões quando da avaliação do trabalho ainda em desenvolvimento e que, ao cabo, foram inestimáveis para estabelecer os rumos da pesquisa.

Agradeço aos Professores Gustavo Ferreira Santos (Unicap), Silvio Gabriel Serrano Nunes (USP) e Daniel Guimarães Zveibil (USP) pelos diálogos e discussões sobre o tema do presente trabalho durante o acompanhamento, como professor assistente, das aulas da especialização em direito constitucional da PUC-SP.

Por fim – e não menos relevante –, é necessário agradecer a generosidade, a disponibilidade e as críticas rigorosas e enriquecedoras formuladas pelo Professor Livre-Docente Silvio Luís Ferreira da Rocha e pelo Professor Doutor Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, membros titulares da Banca Examinadora quando da defesa deste trabalho, bem como agradecer a gentileza do Professor Livre-Docente Rubens Beçak, enquanto membro suplente.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar o fortalecimento do modelo de controle judicial difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro, que o fez resgatar a sua relevância e *status* no sistema jurídico brasileiro e rivalizar com o modelo controle concentrado. A pesquisa foi motivada diante da notícia de extinção, sem julgamento de mérito, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, tida por prejudicada em razão da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 574.706. Nesse sentido, propõe-se, como problema de pesquisa, investigar quais foram as transformações que o modelo difuso sofreu nos campos constitucional e legal que lhe permitiram restabelecer a sua importância e colocá-lo em situação de igualdade com o controle concentrado. Parte-se da hipótese de que a criação da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral propiciaram ao modelo judicial difuso a capacidade de oferecer resultados sistêmicos semelhantes àqueles verificados nas decisões tomadas no âmbito dos processos de controle concentrado, bem como, no campo das omissões, indica-se a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção e o advento da Lei Federal nº 13.300/2016 como fatores de fortalecimento do modelo difuso. Para possibilitar a adequada cognição dessa temática e entendimento aprofundado de ambos os consagrados modelos de controle jurisdicional, aborda-se, no primeiro capítulo, o surgimento de cada um deles a partir dos respectivos contextos históricos e jurídicos, de modo a viabilizar o conhecimento das causas da adoção de modelos diversos nos diferentes sistemas jurídicos. A partir dessas bases, torna-se possível compreender, no segundo capítulo, a evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, analisando as causas das insuficiências do modelo difuso que levaram à implantação do modelo concentrado e ao seu crescimento, ganhando o *status* de predominância. Nesse panorama desfavorável ao modelo difuso, o terceiro capítulo aborda as transformações constitucionais e legais que transformaram e revitalizaram o modelo. O projeto pauta-se pela pesquisa exploratória, baseada no levantamento de informações e conhecimentos sobre o tema proposto mediante procedimento de pesquisa bibliográfica, isto é, a partir de referências teóricas já elaboradas e publicadas (como livros e artigos científicos), bem como do estudo de decisões judiciais, de modo a analisar o objeto em sua aplicação prática. Emprega-se como técnica de coleta de dados a documentação indireta, mediante utilização de materiais bibliográficos. Promove-se a análise qualitativa dos dados colhidos.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; controle difuso; controle concreto; Súmula Vinculante; Repercussão Geral.

ABSTRACT

This work aims to demonstrate the strengthening of the diffuse judicial control of constitutionality model in Brazilian law, which made it regain its relevance and status in the Brazilian legal system and rival the concentrated control model. The research was motivated by the news of the extinction, without judgment of merit, of the Declaratory Action on Constitutionality No. 18, considered to be prejudiced due to the decision rendered in Extraordinary Appeal No. 574.706. In this sense, we propose, as a research problem, to investigate what transformations the diffuse model has undergone in the constitutional and legal fields that have allowed it to restore its importance and place it on an equal footing with the concentrated control model. It is assumed that the creation of the Binding *Summula* and the General Repercussion have provided the diffuse judicial model with the ability to offer systemic results similar to those verified in the decisions taken in the scope of concentrated control proceedings, as well as, in the field of omissions, it is indicated the evolution of Supreme Court jurisprudence on the writ of injunction and the advent of Federal Law 13.300/2016 as factors strengthening the diffuse model. To enable a proper cognition of this subject and a thorough understanding of both consecrated models of judicial control, the first chapter discusses the emergence of each of them from their respective historical and legal contexts, so as to make it possible to understand the causes of the adoption of different models in different legal systems. From these bases, it becomes possible to understand, in the second chapter, the evolution of the Brazilian system of control of constitutionality, analyzing the causes of the shortcomings of the diffuse model that led to the implementation of the concentrated model and its growth, gaining the status of predominance. In this unfavorable panorama for the diffuse model, the third chapter addresses the constitutional and legal transformations that have transformed and revitalized the model. The project is based on exploratory research, based on the gathering of information and knowledge about the proposed subject by means of bibliographic research, that is to say, based on theoretical references that have already been prepared and published (such as books and scientific articles), as well as the study of judicial decisions, in order to analyze the object in its practical application. The technique used to collect data is the indirect documentation, through the use of bibliographic materials. A qualitative analysis of the data collected is carried out.

Keywords: constitutionality control; diffuse control; concrete control; Binding *Summula*; General Repercussion.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão
ACP – Ação Civil Pública
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI ou ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg – Agravo Regimental
AgInt – Agravo Interno
AGU – Advogado-Geral da União ou Advocacia-Geral da União
AI – Agravo de Instrumento
Art. – Artigo
Arts. – Artigos
c/c ou c.c – combinado com
CF ou CF/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CF/1891 – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891
CF/1934 – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934
CF/1937 – Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937
CF/1946 – Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946
CF/1967 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1967
cf. – conforme
cit. – citado ou citação
CPC ou CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015
CPC/1939 – Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973
Dec. – Decreto
Del – Decreto-lei
Des. – Desembargador(a)
DJe – Diário Oficial de Justiça Eletrônico
DJU – Diário Oficial de Justiça da União
DOE – Diário Oficial do Estado
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional ou Emenda à Constituição
ECR – Emenda Constitucional de Revisão
EDcl – Embargos de Declaração
HC – Habeas Corpus
HD – Habeas Data
j. – julgado em
LC ou LCF – Lei Complementar Federal
MC – Medida Cautelar
MI – Mandado de Injunção
Min. – Ministro(a)
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
MPU – Ministério Público da União
MS – Mandado de Segurança

n. – número
ob. – obra
op. – *opus*
p. – página
§ - parágrafo
Pet. – Petição
PGE – Procuradoria Geral do Estado
PGJ – Procurador(a) Geral de Justiça ou Procuradoria Geral de Justiça
PGR – Procurador(a) Geral da República ou Procuradoria Geral da República
pp. – páginas
QO – Questão de Ordem
Rcl – Reclamação
RDA – Revista de Direito Administrativo
RDP – Revista de Direito Público
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
Rel. orig. – Relator(a) original
Rel. p/ ac. – Relator para o acórdão
RHC – Recurso em Habeas Corpus
RHD – Recurso em Habeas Data
RIL – Revista de Informação Legislativa
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RMI – Recurso em Mandado de Injunção
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
RO – Recurso Ordinário
ROC – Recurso Ordinário Constitucional
Rp. – Representação
s/ – sobre
s/d – sem data
s/n – sem número
ss. - seguintes
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T. – Turma
t. – tomo
TJ – Tribunal de Justiça
Trad. – tradução ou tradutor
v. – ver, veja ou volume

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 13 |
| CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO(S) E OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 17 |
| 1.1. A hierarquia e o controle de validade de normas antes do constitucionalismo moderno: um excuro histórico..... | 23 |
| 1.2. O constitucionalismo americano e o controle jurisdicional difuso: origem, desenvolvimento e características | 36 |
| 1.3. O rechaço ao controle jurisdicional no constitucionalismo francês | 63 |
| 1.4. A criação do controle concentrado no direito europeu-continental: causas para o acolhimento de um modelo diferente | 72 |
| 1.5. Alguns critérios de classificação dos diferentes modelos de controle de constitucionalidade | 101 |
| CAPÍTULO II – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL..... | 113 |
| 2.1. A problemática do controle de normas no Império | 119 |
| 2.2. A inserção do modelo americano de controle judicial difuso com a Proclamação da República: características, desenvolvimento e criação de mecanismos para suprir insuficiências | 129 |
| 2.3. A adoção do modelo de controle jurisdicional concentrado e abstrato de matriz europeia: origem e desenvolvimento..... | 165 |
| 2.4. O sistema dual de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição da República de 1988 e as causas para expansão e predominância do modelo concentrado.. | 179 |
| 2.4.1. O controle preventivo de constitucionalidade | 180 |
| 2.4.2. O controle repressivo de constitucionalidade..... | 183 |
| 2.4.3. O controle judicial difuso na Constituição de 1988 | 185 |
| 2.4.4. O controle jurisdicional concentrado na Constituição de 1988..... | 193 |
| CAPÍTULO III – O REDIMENSIONAMENTO DO CONTROLE DIFUSO: FORTALECIMENTO E EXPANSÃO RECENTES DO MODELO DIFUSO NO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 201 |

| | |
|---|-----|
| 3.1. Razões para manutenção do controle judicial difuso mesmo após a consolidação do controle concentrado: utilidade e relevância para o sistema jurídico pátrio | 206 |
| 3.2. O Supremo Tribunal Federal e o controle difuso: o papel do órgão de cúpula para o adequado funcionamento do modelo | 221 |
| 3.3. Dos movimentos de busca da expansão dos efeitos das decisões no sistema de controle difuso..... | 241 |
| 3.4. A Súmula Vinculante: mecanismo de expansão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso com dispensa da atuação de intermediários | 255 |
| 3.5. A Repercussão Geral como efeito da decisão: a consequente objetivação do recurso extraordinário e seu impacto no modelo difuso | 271 |
| 3.6. O Mandado de Injunção e o advento da Lei Federal nº 13.300/2016: impactos no controle difuso da omissão inconstitucional | 297 |
| 3.7. O fortalecimento e expansão do controle difuso e a retomada da sua importância no sistema jurídico brasileiro e frente ao controle concentrado..... | 310 |
| CONCLUSÃO | 315 |
| REFERÊNCIAS..... | 321 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar o fortalecimento do controle judicial difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro a partir da introdução de novos mecanismos ou novas regras que ampliaram e potencializaram os seus efeitos e a sua capacidade de proteger a Ordem Constitucional.

A pesquisa foi motivada pela notícia do julgamento pela extinção, sem resolução do mérito, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18, uma das ações especiais de controle concentrado, por ter entendido o Supremo Tribunal Federal que a ação estaria prejudicada pelo julgamento do mérito da mesma questão no bojo do Recurso Extraordinário nº 574.706, instrumento tradicional do controle difuso de constitucionalidade. Essa decisão representou uma – ao menos inicialmente – mudança de entendimento da Suprema Corte na relação de prejudicialidade entre os controles difuso e concentrado, indo na contramão do que assentou o mesmo Tribunal quando do julgamento da Medida Cautelar nessa mesma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18, momento em que afirmou a precedência do modelo de controle concentrado.

A partir dessas constatações, surge a fundamental indagação sobre quais foram as transformações ocorridas no modelo de controle judicial difuso de constitucionalidade que lhe fortaleceram a ponto de ombreá-lo ao modelo concentrado em capacidade de proteção ao Texto Constitucional. Eis, portanto, o ponto nevrálgico da presente investigação: a referida decisão indica uma mudança de rumo na arquitetura constitucional do controle da constitucionalidade das leis que merece ser investigada. A questão central, então, é compreender quais foram as alterações na disciplina constitucional do controle judicial difuso que deram ensejo a essa mudança de diretriz no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Parte-se da hipótese de que a reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, passando por importantes leis processuais como as Leis Federais nºs 11.417/2006 e 11.418/2006 – que trataram, respectivamente, da súmula vinculante e da repercussão geral – até a consolidação do recente paradigma processual trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015), foram novidades decisivas para resgatar a relevância do tradicional modelo difuso inaugurado no nascedouro da Primeira República. Além disso, supõe-se que, no campo do controle das omissões inconstitucionais, a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal e a superveniência da Lei Federal nº 13.300/2016 foram essenciais para potencializar os efeitos do mandado de injunção, que consiste, como é consabido, em ação própria do controle difuso.

Colima-se, portanto, compreender o novo perfil do controle judicial difuso de constitucionalidade, em relação ao qual se deduz um fortalecimento de sua relevância no constitucionalismo brasileiro a partir das alterações promovidas na sua disciplina normativa.

Para esse desiderato, demandar-se-á percorrer, necessariamente, algumas questões que ajudam a elucidar o tema. Assim, dever-se-á investigar os benefícios que o modelo concentrado de constitucionalidade vinha oferecendo aos jurisdicionados e à solidez do ordenamento jurídico que o modelo difuso não conseguia igualmente atender. Ainda, o estudo demandaria apurar as razões de uma eventual crise de efetividade do modelo difuso, vale dizer: em que medida o “modelo americano” apresentava menor capacidade de trazer coesão e coerência no sistema jurídico nacional.

Diante desse panorama e do objetivo geral proposto, o presente trabalho é estruturado em três capítulos concatenados de modo a melhor permitir compreender o objeto deste estudo, isto é, o controle de constitucionalidade por meio do modelo difuso. Inicialmente passando pela evolução dos modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado e, então, especificamente no Brasil, propiciando condições para entender de que modo promoveu-se o referido redimensionamento do controle difuso, que fez fortalecê-lo no sistema jurídico brasileiro. Para tratar de redimensionamento, é imprescindível compreender qual era a dimensão desse modelo de controle de constitucionalidade e, somente a partir disso, torna-se possível entender essas mudanças – disso o redimensionamento – trazidas pelo Constituinte Reformador e pelo legislador.

Assim sendo, o primeiro capítulo é destinado a compreender a origem e desenvolvimento dos diferentes modelos de controle de constitucionalidade, bem como dos diferentes constitucionalismos (ou movimentos constitucionais) que lhes deram suporte e configuração. Com isso, será possível examinar a origem do controle judicial difuso no âmbito do constitucionalismo americano e quais são as características que o identificam. Trata-se de estabelecer premissa básica para o desenvolvimento do trabalho. Além disso, cuida-se também de abordar as razões que impediram o seu completo transplante para o contexto do constitucionalismo europeu-continental, permitindo um comparativo entre os diferentes modelos de controle e, a partir disso, compreender de que modo o constitucionalismo – e tudo que nele está envolvido, como o pensamento e crenças sociais, políticas, econômicas etc. de determinado povo – e o modelo de controle erigido no respectivo ordenamento jurídico estão interligados e condicionados.

Insiste-se na relevância dessa abordagem inicial para o escopo do presente trabalho não apenas para a compreensão do que seja o controle difuso de constitucionalidade, que é o

tema central deste trabalho, como também pela possibilidade de comparação, notadamente, com o controle concentrado, permitindo entender as diferenças e, o mais relevante, o porquê dessas diferenças. Com efeito, a assimilação desses pontos iniciais permitirá melhor entender o porquê do desenvolvimento de diferentes modelos de controle de constitucionalidade a partir da compreensão do contexto histórico em que estavam inseridos. Consequentemente, abrir-se-á caminho para compreender por que foram construídos com determinadas características para que se adaptassem a esse contexto particular em que estavam imersos e tivessem alguma efetividade na missão de fazer prevalecer a constituição frente a atos legislativos que lhe fossem contrastantes. Logo, compreender a razão do desenvolvimento do controle concentrado no contexto constitucional europeu propiciará a reflexão sobre o porquê o modelo difuso americano não encontraria um cenário adequado para que fosse efetivo na defesa da constituição. Esse estudo preliminar lançará luzes importantes para o exame do contexto brasileiro.

É a partir dessas premissas gerais que o segundo capítulo adentra o contexto constitucional brasileiro e busca reconstruir a trajetória do controle de constitucionalidade no País. O capítulo parte do estudo do controle de constitucionalidade no período imperial, buscando verificar as suas influências e características, verificando-se que a noção de fiscalização da constitucionalidade de leis não era uma ideia desconhecida naquele momento da história brasileira. Em seguida, abordar-se-á a chegada da República e, com isso, a transplantação de ideias e institutos principalmente daquela que era a república ícone ou referência no período, isto é, os Estados Unidos da América. Assim, juntamente com o modelo federal e presidencialista, incorporou-se no Brasil o modelo judicial difuso de controle de constitucionalidade das leis.

Parte-se, então, para o estudo do desenvolvimento desse modelo difuso ao longo da história constitucional brasileira, verificando as mudanças que lhe foram sendo introduzidas com o passar do tempo e, notadamente, que falhas buscava-se corrigir e quais aprimoramentos almejava-se promover. Nessa senda, caberá abranger a importação do modelo de controle concentrado de matriz europeia e as razões da necessidade de sua introdução no sistema constitucional brasileiro, compreendendo de que forma as suas características buscaram suprir eventuais lacunas deixadas pelo modelo difuso. Ainda, caberá verificar as eventuais falhas do controle difuso que restaram mantidas no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade mesmo após a Constituição de 1988 e que acabaram por proporcionar a ampliação da relevância e um certo predomínio do controle concentrado, relegando o modelo difuso a um papel secundário.

Por fim, o terceiro capítulo cuidará de abordar as transformações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 na estrutura do controle judicial difuso de constitucionalidade e em que medida permitiram uma revitalização desse modelo de tal forma que lhe permitissem ganhar – ou recuperar – espaço no cenário jurídico brasileiro. Para tanto, revela-se particularmente importante analisar os benefícios ao sistema jurídico brasileiro na manutenção do controle judicial difuso da constitucionalidade de leis, verificando o que esse modelo pode oferecer à Ordem Constitucional pátria que eventualmente não esteja ao alcance do controle concentrado.

Em seguida, abordar-se-á qual o papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, no exercício da jurisdição constitucional no Brasil, de modo a justificar as razões da necessidade de mudanças no modelo nacional de controle difuso que lhe proporcionassem maior racionalidade e eficiência. Passa-se, a partir disso, a compreender as alterações promovidas recentemente no Direito brasileiro, especialmente levando em consideração a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, também conhecida como “Reforma do Judiciário”, e os seus impactos no controle difuso, com especial atenção aos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral, bem como a regulamentação do mandado de injunção por meio da Lei Federal nº 13.300/2016. Concluídas essas questões, caberá então expor as razões para se afirmar o fortalecimento do modelo de controle difuso, indicando o impacto dessas alterações para a retomada da sua importância no sistema jurídico brasileiro.

CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO(S) E OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Compreender o redimensionamento do controle judicial difuso no contexto brasileiro passa, necessariamente, pela necessidade de entendimento do que significa esse modelo de controle da constitucionalidade e em que medida se diferencia e se aparta do formato alternativo representado pelo controle concentrado. Nesse sentido, este primeiro capítulo se dedica ao estudo das origens e características de ambos os modelos, contrapondo-os de modo a fornecer balizas teóricas para sua identificação, razões para sua criação, suas virtudes e falhas, suas potencialidades e limites. Essa percepção lançará luzes sobre o tema, de modo a facilitar o posterior estudo de sua introdução no sistema jurídico brasileiro e seus impactos.

Com isso, almeja-se compreender o que significa o controle judicial difuso, diferenciando-o do controle concentrado, para, a partir disso, abrir caminho para o seu estudo no contexto brasileiro e de que modo vem sofrendo alterações que permitam defender a existência de um redimensionamento. Assim sendo, o retorno às suas origens e às suas características essenciais é percurso necessário para permitir trabalhar o instituto em bases sólidas e com a precisão necessária. Nesse sentido, assiste razão a JORGE ALEJANDRO AMAYA ao assinalar que:

As instituições jurídicas encontram sempre sustentação em razões sociais, filosóficas e históricas que definem seu perfil e justificam seu nascimento, desenvolvimento e finalidade.

Portanto, para compreender o surgimento de uma instituição e as razões que a definem, é imprescindível considerar, pelo menos sinteticamente, essas circunstâncias. Conhecer o contexto social, histórico e as ideologias predominantes da época permite compreender com maior profundidade os fundamentos que as sustentam e os preconceitos que as inspiraram.¹

Sob essa perspectiva, o estudo do controle judicial difuso passa pela construção da própria noção de hierarquia normativa e pelos instrumentos de controle previstos, já muito antes da noção moderna de constituição e constitucionalismo. Esse desenvolvimento, que remonta aos tempos gregos, passará pela idade medieval e chegará à modernidade para inspirar os movimentos que buscavam formas de limitar o exercício do poder político, notadamente em sua função legislativa, de modo a proteger direitos considerados essenciais aos indivíduos. A

¹ AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. 2ª edición, Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 27. No original: “Las instituciones jurídicas encuentran siempre sustento en razones sociales, filosóficas e históricas que definen su perfil y justifican su nacimiento, desarrollo y finalidad. Por ende, para comprender el surgimiento de una institución y las razones que la definen, es imprescindible considerar, al menos sintéticamente, dichas circunstancias. Conocer el contexto social, histórico y las ideologías preponderantes de la época nos permite entender con mayor profundidad los fundamentos que las sustentan y los prejuicios que las inspiraron”.

construção de modelos de controle de constitucionalidade passa por questões ora comuns e ora muito particulares de cada ordem jurídica.

Deveras, conforme assinalado por LÊNIO LUIZ STRECK, *constitucionalismo e jurisdição constitucional* estão diretamente relacionados e os seus significados estão entrelaçados, de forma que um condiciona a forma de ser do outro. Trata-se de ideia sintetizada por WERNER KÄGI no sentido de que: “diz-me tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição”. Assim sendo, o significado de Constituição está ineludivelmente vinculado e dependente do processo hermenêutico que desvelará o seu conteúdo, bem como de uma teoria das fontes e da aplicação do texto constitucional seja pela doutrina, seja pelos órgãos estatais encarregados do exercício da jurisdição constitucional.²

Nessa senda do escólio de Jorge Miranda, LÊNIO LUIZ STRECK alude a uma “revolução copernicana do direito constitucional”, em que se passa de uma ordem constitucional cuja eficácia era dependente da atuação do legislador (*interpositio legislatoris*) para um novo arranjo em que as normas constitucionais são diretamente aplicáveis nas situações e fatos da vida. Essa centralidade sistêmica da norma constitucional perpassa necessariamente pelo emergir de uma justiça constitucional e pela forma com que é estruturada e legitimada. “Sem a justiça constitucional”, pontua o jurista gaúcho, “o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática”.³

Sob tal prisma é que assinala o jurista gaúcho que “o problema eficaz do texto constitucional passa também pelo tipo de justiça constitucional praticado em cada país e pelo redimensionamento do papel dos operadores do direito”.⁴ Assim sendo, tem-se que a jurisdição constitucional passa a ser condição de possibilidade da normatividade e supremacia da Constituição. Sobre o tema, mais uma vez segundo o escólio de JORGE ALEJANDRO AMAYA:

É por isso que, para assimilar o controle de constitucionalidade em sua verdadeira dimensão como instituição ou ferramenta que possibilita a vigência do princípio da supremacia constitucional nos ordenamentos jurídicos modernos, é necessário rever os princípios que cercaram as grandes ideologias do mundo ocidental (...).⁵

² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37. A frase de Werner Kägi no original: “Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast” (KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer, 1945, p. 147. *Apud* STRECK, *op. cit.*, p. 37).

³ STRECK, *op. cit.*, p. 42.

⁴ STRECK, *op. cit.*, p. 42.

⁵ Idem, pp. 27-28. No original: “Es por ello que, para asimilar en su auténtica dimensión el control de constitucionalidad como institución o herramienta que hace posible la vigencia del principio de supremacía constitucional em los sistemas jurídicos modernos, se hace necesario revisar los principios que han rodeado las grandes ideologías del mundo occidental (...)”.

Revela-se, destarte, uma relação direta entre constitucionalismo e jurisdição constitucional, tendo em vista que aquele reflete o pensamento político, social, econômico e cultural de um determinado povo, cuja visão de mundo passa a ser refletida no modo de estruturação e exercício do poder político; enquanto esta última – a jurisdição constitucional – tem a tarefa de preservar esses valores que restaram normatizados no ápice do ordenamento jurídico daquele povo. Essa relação de mútuo condicionamento será estabelecida de diferentes modos à medida que as características de um e outro variem de uma sociedade para outra.

Essa afirmação implica o reconhecimento da existência não apenas de um, mas de uma pluralidade de constitucionalismos ou, como prefere JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, uma diversidade de movimentos constitucionais que, a despeito de compartilharem um cerne teórico comum, isto é, a necessidade de um governo limitado, adotaram características diversas e trilharam caminhos separados. De acordo com o jurista português:

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrónicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). 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. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*. 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. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.⁶

Nesse mesmo sentido, arrimado nas lições de Canotilho, LÊNIO STRECK ressalta que o constitucionalismo adotou diferentes formas a partir dos diversos contextos sociais, mas unificadas, essencialmente, pela ideia de limitação jurídica do poder político. Esse movimento terá na constituição a noção de lei fundamental, cujo papel será o de limitar o exercício do poder e garantir os direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Assinala, ainda, a relevância que o constitucionalismo adquirirá após a Segunda Guerra Mundial com a defesa do “dirigismo constitucional” e do Estado Democrático de Direito. Nas palavras do autor:

Esse movimento [constitucionalizador] se deu em diferentes formas nos diversos Estados em que se forjou. Pelas especificidades de cada engendramento histórico, pode-se falar em diferentes constitucionalismos, que vão gerar, mais tarde, derivações em diferentes Estados-Nacionais. O constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição – 8ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2010, p. 51.

fundamental apta a limitar o poder, porém, mais que isso, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais). O constitucionalismo é, assim, um movimento que objetiva colocar limites no político. E essa limitação assume diferentes matizes, chegando ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissária e da noção de Estado Democrático de Direito.⁷

A abordagem das ideias e dos contextos que permearam a edificação dos modelos de controle passará, para além da noção de hierarquia e necessidade de controle de normas, pela percepção de diferentes modelos de constitucionalismo. Essa diversidade de constitucionalismos indica, destarte, a existência de diferentes visões e ideologias que impactaram na construção de distintos modelos de organização política e deram ensejo à criação de modelos diversos de controle do poder político e, por conseguinte, diferentes formas de controle de normas.

A confrontação de contextos e dos modelos de controle da constitucionalidade dos atos normativos consubstancia o primeiro passo para seu entendimento e para a construção das fundações que conduzirão os capítulos posteriores. Por óbvio, tratando-se de trabalho que tem por objeto o estudo do controle judicial difuso de constitucionalidade, o foco não será direcionado aos diversos modelos de constitucionalismo, mas sim ao surgimento e características dos sistemas de controle judicial difuso e concentrado, cujas análises passam pela compreensão dos movimentos constitucionais que lhes envolviam.

Ainda, parece proveitoso, neste momento introdutório, aclarar questões de natureza terminológica. Torna-se relevante, para fins científicos, diferenciar as noções de “justiça constitucional”, “jurisdição constitucional”, e “controle de constitucionalidade”. Com efeito, assinala ANDRÉ RAMOS TAVARES, não há um consenso com relação à extensão do sentido desses termos e à forma de empregá-los. A doutrina de Carl Schmitt fará menção a “Der Hüter der Verfassung” (ou “O guardião da Constituição”, título da obra que seria traduzida, ao espanhol, como “La defensa de la Constitución”, dando ensejo ao emprego dessa terminologia); ao passo que franceses se referirão ao “contrôle de constitutionnalité”; os italianos, a “giurisdizione costituzionale” ou “processo costituzionale”; alemães, a “Verfassungsgerichtsbarkeit” (podendo ser traduzido para “jurisdição constitucional”); enquanto a doutrina anglo-americana adotará o termo “judicial review”. Tais termos são, no mais das vezes, utilizados de forma indistinta, sem preocupação com maior precisão terminológica.⁸

⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 01.

⁸ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141-142

Assim sendo, ANDRÉ RAMOS TAVARES propugna que “jurisdição constitucional”, em um sentido *restritivo*, consiste na “defesa da Constituição sob todos os seus aspectos, desde que operada por um tribunal (exercício de jurisdição) como função exclusiva (eliminando desse conceito tribunais que desempenhem a jurisdição comum concomitantemente)”⁹. Dispensando-se o critério da exclusividade, sob a perspectiva de que a aplicação e defesa da constituição não são tarefas apenas vinculadas a um tribunal constitucional ou a uma suprema corte, tem-se que a noção de jurisdição constitucional veicula “a idéia de desenvolvimento processual consoante o rito judicial, visando a atuação constitucional”, sentido em que se refere “ao estudo de questões mais propriamente processuais”, de forma a se “admitir, sem maiores preocupações, que a defesa e o cumprimento último da Constituição opera-se mediante um processo de tomada de decisão de caráter jurisdicional”.¹⁰

Sob tal perspectiva, tem-se que a noção de “jurisdição constitucional” está vinculada às ideias de *função*, de *atividade* e de *competência*. Consiste, conforme escólio de JUAN JOSE GONZALES RIVAS, em um conjunto de atribuições que dizem respeito ao controle de constitucionalidade dos atos estatais, da salvaguarda de direitos fundamentais e da resolução de conflitos constitucionais entre os entes e órgãos estatais. Trata-se, nessa senda, do conjunto de manifestações próprias da justiça constitucional. Nas palavras do jurista espanhol:

A tendência atual se reflete em uma tutela jurisdicional contra atos inconstitucionais de órgãos do Estado ou de seus sujeitos auxiliares, mas, além disso, e cingindo-nos ao conteúdo de competência, poder-se-ia assinalar que a realização integral desta jurisdição envolve um controle da constitucionalidade das leis, uma solução para conflitos de atribuições entre os poderes do Estado e uma defesa dos direitos públicos subjetivos. Seriam, assim, a proteção dos direitos fundamentais, a resolução de conflitos de poder e, o mais destacado: o controle da constitucionalidade normativa, algumas das manifestações típicas da justiça constitucional.¹¹

Nessa esteira, o conceito de “justiça constitucional” é mais amplo, abarcando não apenas as referidas funções, mas também o(s) órgão(s) constitucionalmente incumbidos do seu desempenho. Acolhe-se, destarte, a perspectiva de ANDRÉ RAMOS TAVARES, segundo o qual a expressão “justiça constitucional” abrange, além do exercício das competências próprias,

⁹ TAVARES, *op. cit.*, 2005, p. 145.

¹⁰ TAVARES, *op. cit.*, 2005, p. 146.

¹¹ GONZALES RIVAS, Juan Jose. *La justicia constitucional: derecho comparado y español*. Madrid: EDERSA, 1985, p. 24. No original: “La tendencia actual se refleja en una tutela jurisdiccional contra actos inconstitucionales de órganos del Estado o de sus sujetos auxiliares, pero además, y ciñéndonos al contenido competencial, se podría señalar que la realización integral de esta jurisdicción entraña un control de constitucionalidad de las leyes, una solución de los conflictos de las atribuciones entre los poderes del Estado y una defensa de los derechos públicos subjetivos. Sería, pues, la tutela de los derechos fundamentales, la resolución de los conflictos de atribuciones, y la más destacada: el control de la constitucionalidad normativa, algunas de las manifestaciones típicas de la justicia constitucional”.

também o órgão encarregado de exercê-la, “incluindo o estudo de sua origem histórica, seu posicionamento entre os poderes, suas principais categorias funcionais, morfologia e natureza da atividade (...), processo decisório e suas regras, legitimidade democrática e perspectivas”.¹²

Ao cabo, cabe ressaltar que “controle de constitucionalidade” é compreendido como uma das funções componentes da jurisdição constitucional, isto é, uma das formas de manifestação da justiça constitucional. GONZALEZ RIVAS propõe a sua compreensão em três sentidos: a) o controle formal, voltado à regularidade na formação do ato legislativo; b) o controle material, direcionado a fiscalizar o conteúdo do ato legislativo; e c) controle de mérito, por meio do qual são sindicados os critérios de conveniência e oportunidade do ato legislativo.¹³ Sob outra perspectiva, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ assinala que o controle de constitucionalidade, enquanto mecanismo de fiscalização de adequação do ato normativo aos ditames constitucionais, conterà uma “verificação externa”, voltada ao controle dos “requisitos formais do ato”, bem como uma “verificação dos requisitos substanciais ou materiais”, com foco na compatibilidade entre o conteúdo do ato sindicado e o parâmetro constitucional.¹⁴

Agregue-se, ainda, a perspectiva de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, que também indica ser o controle de constitucionalidade parte da função de jurisdição constitucional, destacando, sob outro viés, a noção de controle judicial de constitucionalidade como abarcando o controle difuso e concentrado e a jurisdição constitucional das liberdades:

A jurisdição constitucional compreende o controle de constitucionalidade, nos seus dois tipos, controle difuso e controle concentrado, e compreende, também, a jurisdição constitucional das liberdades, que se realiza, segundo Mauro Cappelletti, mediante a utilização dos remédios ou garantias constitucionais, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular.¹⁵

Tomando em conta tais premissas conceituais, cumpre então o estudo da origem e desenvolvimento dos modelos judiciais de controle de constitucionalidade, passando pelos seus antecedentes históricos e teóricos, até a consolidação do modelo difuso no Direito americano, a refutação do controle judicial no Direito francês e a criação do modelo concentrado no Direito europeu-continental.

¹² TAVARES, *op. cit.*, 2005, p. 151.

¹³ GONZALEZ RIVAS, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34, pp. 27-44, dez./1990, p. 27.

¹⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, pp. 01-28, 1993, p. 17. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732>. Acesso em: 30 nov. 2022.

1.1. A HIERARQUIA E O CONTROLE DE VALIDADE DE NORMAS ANTES DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO: UM EXCURSO HISTÓRICO

Comumente, a abordagem da origem histórica do controle de constitucionalidade das leis satisfaz-se com a indicação da decisão da Suprema Corte americana no caso “*Marbury vs. Madison*”, de 1803, da lavra do *Chief Justice* JOHN MARSHALL, limitando-se, no mais das vezes, a referenciar sua fundamentação acerca da supremacia e rigidez constitucionais. Este costuma ser o marco empregado para fixar a origem do controle de constitucionalidade das leis que, posteriormente, se espalharia pelo globo, ainda que com substanciais modificações no seu modelo.¹⁶

Essa narrativa tradicional da linha de acontecimentos não traz em si nenhuma inverdade, sendo, de certo modo, suficiente para compreender as bases históricas e a evolução do controle de constitucionalidade tal como compreendido hodiernamente. Nessa perspectiva, dir-se-á, tal qual o fez JAMES A. C. GRANT, que “se pode dizer que a confiança nos tribunais para fazer cumprir a Constituição como norma superior às leis estabelecidas pela legislatura nacional é uma contribuição das Américas à ciência política”.¹⁷ A mesma ideia é defendida por WILLIAM REHNQUIST que defendeu que o controle de constitucionalidade “é provavelmente a maior contribuição individual que os Estados Unidos fizeram para a arte de governar”.¹⁸

Deveras, essa visão tem sua razão de ser, conforme pondera JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, na medida em que “[a] teoria de que a guarda da Constituição só adquiriu contornos e sentido a partir das Constituições escritas e rígidas é verdadeira, em termo estritos”.¹⁹ Nesse sentido, o marco representado pela decisão da Suprema Corte Americana em “*Marbury vs. Madison*” aponta para a consolidação de um modelo de constitucionalismo pautado pela supremacia e normatividade constitucionais, por uma carta de direitos voltada à limitação do poder e por uma ordenação e regulação dos poderes,²⁰ bem como para a sedimentação de um

¹⁶ Nesse sentido: BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In VV.AA. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977, pp. 127 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 25 e ss.; FERRAZ, op. cit., 1990, p. 28; MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, fls. 14 e ss; VELLOSO, op. cit., p. 17.

¹⁷ Apud CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição – reimp., Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, p. 46.

¹⁸ Apud FINE, Toni M. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. In TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, cap. 11, p. 349.

¹⁹ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 39.

²⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, pp. 59-73.

modelo constitucional caracterizado pela possibilidade de revisão dos atos do Legislativo e do Executivo pelo Poder Judiciário.

Sem embargo, não se descuidar dos apontamentos para uma origem bem mais remota da doutrina da hierarquia normativa e do controle de compatibilidade vertical de normas.²¹ Sob essa perspectiva, MAURO CAPPELLETTI ressaltava que, embora não se pudesse referir, em tempos pretéritos, a uma noção de supremacia da Constituição em relação a leis comuns, não se pode descuidar que “existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis*”.²² Apontava, então, para a antiguidade ateniense, indicando a distinção de hierarquia entre atos normativos, de modo que os temas mais sensíveis à organização política da Pólis e que demandavam maior estabilidade deveriam ser tratados em “leis” mais rígidas, sujeitas a um procedimento especial de elaboração e alteração. A essas leis rígidas deu-se a denominação de *nómos* (no plural: *nómoi*). De outro lado, temas menos sensíveis e mais sujeitos à volatilidade social poderiam ser veiculados por um *pséfisma* (no plural: *psefísmata*) editado pela Assembleia (*Ecclesia*), por intermédio de um procedimento mais simples.

Cabe ressaltar, por relevante, que não se deve enfrentar o termo “constituição”, nesse contexto grego, do mesmo modo que se concebe a constituição a partir dos tempos modernos. Deveras, não se tratava de um documento solene único, escrito e codificado. A própria noção grega de “lei”, seja em sua versão primitiva, de cunho religioso, que recebia a alcunha de *thesmós*, ou a posterior, *nómos*, dessacralizada e fruto do engenho humano, já carregava em si uma compreensão da lei constitucional. Assim, essa noção grega de “constituição” deve ser entendida como em sentido material, sendo integrada por costumes e normas presentes nas leis, manifestando, assim, “a alma da cidade”. Em perspectiva aristotélica, a constituição é concebida como o regime político da *pólis*, compreendendo a organização das funções públicas, a identificação do elemento soberano e as finalidades da comunidade. Desse modo, descabe cogitar da existência de documento jurídico solene que exercesse a limitação externa dos poderes da Assembleia Popular (*Ecclesia*), sendo o próprio órgão deliberativo – em princípio, supremo e irresponsável – que impunha limitações ao exercício de suas funções. Essa restrição

²¹ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição – reimp., Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999; CORWIN, Edward Samuel. *The “higher law” background of american constitutional law*. Ithaca: Cornell University Press, 1957; ORLANDI, Héctor Rodolfo. *Democracia y poder: polis griega y constitución de Atenas*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971

²² CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 48.

à função legislativa representava uma garantia da soberania da lei, da liberdade e da justiça igualitária.²³

Segundo o escólio de HÉCTOR RODOLFO ORLANDI, no direito ateniense, como forma de garantir a soberania da lei, foi criado, sob a administração de Péricles, o instituto da *graphe paranómon* como instrumento jurídico para controle de atos normativos. Cumpre consignar que a *graphé* consistia em ação pública de natureza penal ou constitucional, enquanto *paranómon* consubstanciava ação contra a ilegalidade de lei ou decreto, ou mesmo de propositura de qualquer deles, bem como de acusação contra o seu autor. Dessa forma, a *graphe paranómon* era a ação pública, de iniciativa de qualquer cidadão ateniense, que colimava a declaração de ilegalidade do ato normativo e a condenação do responsável pela propositura do ato e até mesmo daquele responsável por colocar o projeto em deliberação.²⁴ Nessa mesma linha, prelecionava JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO que é possível considerar a *graphe paranómon* (no plural: *grafon paranómon*) como um instituto precursor do controle de atos normativos. Tratava-se, conforme visto, de uma ação destinada a anular leis inválidas e acusar o autor dessas leis inválidas. Assim, “[o] possível abuso da legislação, por via decretal, originava a responsabilidade do governante, bem como a rejeição dos mesmos decretos, se em contraste com os ‘*nómoi*’”.²⁵

As concepções de justiça e direito durante a Idade Média estavam, em certa medida, vinculadas ao pensamento de Aristóteles, Platão, filósofos estoicos e Cícero. Com isso, o Jusnaturalismo ganhou proeminência, de tal modo que se propugnava o direito natural como “*norma superior*, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas”.²⁶ O ato contrário ao direito natural seria nulo e não vinculatório, sendo o juiz obrigado a reconhecê-lo nulo e afastar a sua incidência. Havia quem defendesse, ainda, que os súditos estariam desobrigados ao cumprimento de comandos normativos contrários ao direito natural, reconhecendo-se-lhes o direito de resistência, inclusive armada, bem como admissível o tiranicídio. Conforme lição de MAURO CAPPELLETTI, essa concepção medieval mais difundida

²³ ORLANDI, Héctor Rodolfo. *Democracia y poder: polis griega y constitución de Atenas*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971, pp. 71-72 e 93. Ver, também, sobre a dessacralização da lei na Grécia Antiga: ALVAREZ, Alejandro Montiel. A dessacralização da lei em Atenas: a passagem do *thésmos* ao *nómos* ocorrida entre os séculos VI e IV a.C. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 6, nº 1, pp. 86-93, jan.-jun. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007498>. Acesso em: 16/03/2022.

²⁴ ORLANDI, *op. cit.*, pp. 93 e ss.

²⁵ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 40.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição – reimp., Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, p. 52

do direito foi “bem clara na distinção entre duas ordens de normas: a do *jus naturale*, norma superior e inderrogável, e a do *jus positum*, obrigada a não estar em contraste com a primeira”.²⁷

Por seu turno, a escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII manteve a noção medieval de superioridade do direito natural, embora adotando bases filosóficas distintas: saiam de cena os pressupostos transcendentais e teológicos e ganhavam força os fundamentos de ordem racionalista e imanentista. Afirmava-se a existência de direitos inatos, dotados de intangibilidade e irrenunciabilidade, que representavam “a existência de limites e de preceitos cogentes para o próprio legislador”.²⁸ A autoridade estatal já não mais residia na transcendente vontade divina, mas fundada em uma nova teoria de um direito natural oriundo da razão humana e não mais de uma revelação divina. Essa nova fundamentação filosófica floresceu nas teorias contratualistas, que buscavam sedimentar as bases do exercício do poder político em um acordo geral celebrado pelos indivíduos – tomados, em estado de natureza, como livres e iguais – e por meio do qual estes manifestam o seu consentimento com a formação e modo de exercício desse poder.²⁹ Os teóricos contratualistas, de um modo geral, assinalavam que essa vontade dos indivíduos em consentir entregar seus direitos naturais a um poder compulsório e organizado que os subjugasse tinha origem justamente na incerteza da preservação da liberdade, da igualdade e da segurança no estado de natureza. A criação e o fundamento do poder do Estado eram, portanto, um imperativo da razão humana. Ressalte-se, contudo, que o contratualismo, nesse sentido original, não conduzia ao surgimento do constitucionalismo, sendo, pelo contrário, justificador do Estado absolutista, que, por sua natureza, é irreconciliável com aquele movimento.³⁰

Essa ideia inicial contratualista foi perdendo espaço e sendo superada pelo entendimento de que a obtenção de segurança por meio do Estado não tornava imprescindível a completa entrega dos direitos naturais dos indivíduos. Era imprescindível a manutenção das liberdades aos indivíduos, mesmo em relação ao Estado, como condição necessária à própria natureza humana, ao seu desenvolvimento e à sua prosperidade. Nesse sentido, seria suficiente outorgar à autoridade estatal o monopólio do uso da força para resolver litígios e assegurar as condições para a consecução do bem comum dependente da noção de liberdade, remanescendo

²⁷ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 52.

²⁸ *Idem*, p. 53.

²⁹ Conforme assinala Dieter Grimm: “Whatever form this agreement took, it was thus certain that the legitimation principle of political rule was the consent on the part of the ruled and the only question remaining concerned the form of rule that would be acceptable to rational beings” (GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 7).

³⁰ Mais uma vez na senda das ensinanças de Dieter Grimm: “But in this form, social-contract theory did not lead in a constitutional direction, even though it assumed the consent of all those subject to rule. Rather, in its original formulation it served to justify absolute rule, which is irreconcilable with constitutionalism” (*op. cit.*, p. 8).

com os indivíduos um conjunto de direitos concebidos como naturais e inalienáveis. Para a proteção dessa liberdade individual – naturalmente ameaçada pelos demais indivíduos dotados da mesma liberdade –, havia a necessidade de continuidade do monopólio do uso da força pelo Estado, tal qual assentado no absolutismo, sendo o seu uso, todavia, condicionado ao propósito de assegurar e coordenar essa liberdade. A partir disso, a teoria do contrato social já não mais dava suporte ao absolutismo, provendo um sentimento de justificativa para aqueles que nutriam o desejo de superá-lo, invocando, assim, a autoridade de uma lei superior (*higher law*) sobre a lei posta. Atente-se, contudo, que, mesmo nessa perspectiva de uma teoria do contrato social “pós-absolutista”, ainda descabe confundir a figura do “contrato social”, enquanto “construção imaginária que define as condições para um governo legítimo”, com o significado de “constituição” que adviria do constitucionalismo encontrado nas revoluções americana e francesa na parte final do Século XVIII.³¹

Retornando ainda ao contexto medieval, cumpre destacar o surgimento das chamadas “cartas feudais” que tinham por escopo garantir prerrogativas ou impor cláusulas jurídicas que representavam “acordos” entre os envolvidos, no mais das vezes o monarca, os barões e o clero.³² Relata IVÁN ARÓSTICA MALDONADO que teria sido a Espanha medieval o mais antigo Estado de Direito ocidental, indicando que os seus elementos constitutivos já constavam na enciclopédia “*Etimologías*”, de San Isidoro de Sevilla, do ano de 634 d. C., passando pelo “*Liber Iudiciorum*” (ou também “*Lex Visigothorum*”), de 654 d. C., que inspiraria, posteriormente, a legislação do aforamento conhecida como “*Fuero Juzgo*”, de 1241 d. C. (2019, p. 10). Defende, ainda, que o verdadeiro berço do parlamentarismo residiria nas “Cortes de Leão”, de 1188, documento ao qual atribui a alcunha de “Carta Magna leonesa” e que então estabeleceu “a invulnerabilidade da propriedade, a paz da casa e a inviolabilidade do domicílio e o julgamento justo por letrados, como salvaguardar contra o capricho e abuso da autoridade.”³³

Esse entendimento é compartilhado por RAOUL CHARLES VAN CAENEGEM, que destaca que “O ponto de partida na história do constitucionalismo europeu foi o crescente impacto do

³¹ GRIMM, *op. cit.*, pp. 8-9. Ainda, conforme o autor alemão: “It was only the revolutionary situation that provided the opportunity to implement the ideas of social philosophy in positive law” (*op. et loc. cit.*).

³² Sobre o tema, ver: TAVARES, André Ramos. As duas cartas: da terra ao bosque (entre patrimonialismo e coletivismo). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, pp. 479-497, set./dez. 2015, e TAVARES, André Ramos e HERANI, Renato Gugliano. Da Magna Carta ao direito processual constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, pp. 499-527, set./dez. 2015.

³³ ARÓSTICA MALDONADO, Iván. El viejo y buen Estado de Derecho Hispano. In CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS AUTORES. *El Estado de Derecho em el mundo hispánico*. Santiago: José Manuel Cerda Costabal editor, 2019. Disponível em: <https://www.cijc.org/pt/dosieres/Dosieres/El%20Estado%20de%20Derecho%20en%20el%20Mundo%20Hisp%C3%A1nico.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

poder régio nas pessoas e bens dos seus súbditos”.³⁴ Assim, por meio de “Cartas solenes”, comprometiam-se os monarcas com seus súditos a eliminar os abusos especificados nesses documentos e a observar o direito. Esses textos já eram conhecidos na Europa como “pactos fundamentais entre o príncipe e o seu povo e como garantes da liberdade pessoal e do *rule of law* (primado do direito)”, sendo que “[o] primeiro surge no norte da Espanha, no fim do século XII, mas o mais famoso é a *Magna Carta* de João Sem-Terra, dada em 1215”.³⁵

Contra as investidas que buscavam restabelecer na região o caráter absoluto do poder de legislar do monarca espanhol, veio de Aragão o movimento de resistência e, sob o mote “*antes fueron leyes que reyes*”, as “*Cortes de Ejea*”, de 1265, estabeleceram um “*Justicia Mayor*”, sendo a mais alta instância judicial, cabendo-lhe fazer respeitar e interpretar, em última instância, as leis, bem como dirimir os casos em que o rei fosse parte.³⁶ Sobre o tema, MARÍA DEL CARMEN CORONA MARZOL, catedrática de história na *Universitat Jaume I*, destaca que a Corte de Justiça de Aragão exercia o papel de contrapeso ao poder real. Preleciona a professora que o “Justicia de Aragón” representou no imaginário coletivo “a personificação do defensor das ‘liberdades’ e do foralismo aragonês. Esta figura peculiar encarnou, como nenhuma outra instituição, a personificação prática e simbólica do contratualismo”, atuando como peça intermediária equilibrando os interesses contrapostos entre o rei e o reino.³⁷ Relata, outrossim, que, embora se possa procurar alguma ancestralidade no “juiz de injustiças” mulçumano, as origens do “Justicia de Aragón” remontariam ao “justicia de la corte del rey”, de 1162, figura que passou a ganhar mais destaque a partir de 1221. Foi, entretanto, com as “*Cortes de Ejea*”, de 1265, que ganhou força a figura do denominado “*Justicia Mayor*”, autoridade à qual se outorga “a posição de ‘juiz intermediário’ que deve intervir nos pleitos entre o rei e os nobres, ou mesmo a própria nobreza, baseando esta faculdade no peso do costume como norma sagrada de direito, não admitido pela monarquia em seu avanço romanista”.³⁸

Nessa linha, a partir da doutrina de Fairén Guillén, assinala ADHEMAR FERREIRA MACIEL para um “arremedo” (ou, poder-se-ia dizer, esboço inicial) de jurisdição constitucional no Reino de Aragão, na Espanha, a partir da atuação de uma corte de justiça denominada “Consistorio”, que era presidida por um “justicia mayor”. Com isso, sugere que: “[a] Inglaterra,

³⁴ CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 106.

³⁵ CAENEGEM, *op. e loc. cit.*

³⁶ ARÓSTICA MALDONADO, *op. cit.*

³⁷ CORONA MARZOL, María del Carmen. *Las instituciones políticas en la Corona de Aragón desde sus orígenes al reinado de Carlos II*. Millars. Espai I Història, 12 (32), pp. 97-122, jun./2009. Disponível em: <https://www.e-revistes.uji.es/index.php/millars/article/view/3003>. Acesso em 20/05/2021, p. 108.

³⁸ CORONA MARZOL, *op. cit.*, p. 108, tradução nossa.

que mantinha relações comerciais intensas com o Reino de Aragão, deve ter levado para lá essas idéias”.³⁹

Antes de abandonar-se a Península Ibérica, deve-se destacar, ainda, como bem lembrado por ALFREDO BUZAID, a experiência portuguesa ocorrida no início do Século XVII, em que se estabeleceu uma relação de hierarquia entre as Ordenações do Reino e as leis municipais. Para além disso, previu-se, ainda, o poder ao Corregedor de decretar a nulidade dessas leis locais, almejando-se salvaguardar a superioridade das Ordenações. Segundo a lição do jurista brasileiro:

Os juristas portuguêses dos primórdios do século XVII também tiveram uma clara compreensão desse problema. Ocorrendo antagonismo entre uma ordenação do Reino e uma lei municipal, cabia ao Corregedor das comarcas decretar a nulidade desta, a fim de salvar a autoridade daquela. Em textos altamente expressivos, afirmou o gênio lusitano, dois séculos antes dos norte-americanos, a invalidade das leis, incompatíveis com as Ordenações. No Código Filipino (Liv. I, tít. 58, n. 17) lê-se: “E informar-se-á *ex officio*, se há nas Câmaras algumas posturas prejudiciais ao povo e ao bem comum, posto que sejam feitas com a solenidade devida, e nos escreverá sobre elas com seu parecer. E achando que algumas não forão feitas, guardada a forma de nossas Ordenações, as declarará por nulas, e mandará que se não guardem.” Este dispositivo legal sugere duas idéias marcantes, relativamente às quais o legislador filipino revelou uma intuição notável: a) a existência de uma hierarquia de leis, de modo que a inferior ceda ao império e autoridade da superior; b) a competência, atribuída a um órgão judiciário, de decretar a nulidade de lei incompatível com as Ordenações.⁴⁰

Já no contexto inglês, a noção de um poder real ilimitado e absoluto era algo desconhecido no pensamento político insular durante a Idade Média. Segundo Sir IVOR JENNINGS, “nenhum rei da Inglaterra jamais fora visto por seus contemporâneos como um monarca absoluto”.⁴¹ A noção de “poder absoluto” apenas veio a tomar espaço com o reinado de Henrique VIII, que se iniciou em 1509, e, ainda assim, expressava apenas a ideia de que “a Inglaterra era absolutamente soberana do ponto de vista externo”.⁴²

Como é consabido, surge na Inglaterra a mais notória das cartas feudais, a Magna Carta de 1215, que exerceu enorme influência no direito ocidental, sendo marco relevante ao consagrar a liberdade de locomoção contra prisões arbitrárias instituindo o *habeas corpus* como instrumento jurídico processual voltado à garantia dessa liberdade, dando passos importantes

³⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade*. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 43, n. 172, pp. 37-44, out./dez. 2006, pp. 38-39. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93276>. Acesso em 12/07/2022.

⁴⁰ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, pp. 19-20.

⁴¹ *Apud* TAVARES, André Ramos. As duas cartas: da terra ao bosque (entre patrimonialismo e coletivismo). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, pp. 479-497, set./dez. 2015, p. 483.

⁴² TAVARES, André Ramos. As duas cartas: da terra ao bosque (entre patrimonialismo e coletivismo). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, pp. 479-497, set./dez. 2015, p. 483.

para a futura construção do direito processual constitucional.⁴³ Além disso, a Magna Carta também assume um relevante papel na discussão sobre a hierarquia normativa no período que se sucedeu. Nesse sentido, lecionam ANDRÉ RAMOS TAVARES e RENATO GUGLIANO HERANI que:

O que pouco se investiga é que muito antes de se falar em rigidez constitucional, a Magna Carta já havia sido declarada um texto rígido no reinado de Eduardo III, em 1354, com a determinação de que “se algum estatuto for provado em contradição [com a Magna Carta] deve ser considerado nulo”. Têm-se aqui as condições essenciais para a ideia de controle normativo. Além de reconhecer certa rigidez à Magna Carta, em consequência disso estabelece-se a hierarquia entre os estatutos e, mais, autoriza-se a nulidade dos dispositivos a ela contrários, expediente que, sabe-se, foi utilizado, séculos depois, por Sir Edward Coke no célebre e precursor caso do Dr. Bonham.⁴⁴

Destaca-se nesse período, portanto, a paulatina transformação dos súditos em cidadãos aos quais são conferidos direitos (*rights of person*), que compreendiam os denominados direitos absolutos (*absolute rights*), tidos como o direito que “pertence a tais pessoas meramente em razão do estado de natureza”, bem como os direitos relativos (*relative rights*), consistente em um direito “idealizado pelas leis dos homens para o propósito da sociedade e do governo”.⁴⁵ Desse modo, passou-se à noção de que o direito legislado (ou positivado ou racional) encontrava limites intransponíveis no direito natural.

Nesse contexto ainda feudal, não se pode deixar de levar em consideração o relevante papel exercido pelos juízes e pelo sistema judicial, que gozavam, como pontua Michel Rosenfeld, de “posição única” no Direito inglês. O primeiro argumento que justifica esse papel diferenciado diz respeito às múltiplas fontes das normas jurídicas:

A posição única dos juízes e do sistema judicial na tradição anglo-americana remonta à Inglaterra feudal, contexto em que normas jurídicas emanavam de múltiplas fontes e o julgamento se dividia entre diferentes atores institucionais, frequentemente concorrentes entre si. Leis escritas feitas pelo parlamento têm existido lado a lado com o direito consuetudinário feito pelos juízes, *courts of law* (tribunais que processavam apenas casos de danos) foram suplementadas por *courts of equity* (tribunais para tutela de pedidos especiais); (...).⁴⁶

Além disso, o juiz inglês era visto como um guardião das liberdades e não como mais uma ferramenta de opressão do poder político absoluto, podendo se valer, por exemplo, de

⁴³ TAVARES, André Ramos e HERANI, Renato Gugliano. Da Magna Carta ao direito processual constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, pp. 499-527, set./dez. 2015.

⁴⁴ TAVARES e HERANI, *op. cit.*, 2015, p. 504.

⁴⁵ BLACKSTONE *apud* TAVARES e HERANI, *op. cit.*, p. 506.

⁴⁶ ROSENFELD, Michel. O julgamento constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 237-238.

instrumentos como o *habeas corpus* para coibir prisões arbitrárias. Conforme assinalado por THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

Sempre foi também da tradição dos juízes ingleses considerar que a sua função essencial é a de aplicar os princípios da lei, escrita ou não, aos casos a eles submetidos, com o objetivo de manter o direito e suprimir o erro.

Desde o século XVII, BEREฟอร์ด, C. J. HENGOM, EDWARD COKE admitiam a intervenção do juiz até para realizar reformas que haviam sido recusadas pelo Parlamento.

A aplicação dos princípios da Magna Carta, como “Common Law”, isto é, lei comum para todos, princípios fundamentais do direito, constitui, sem dúvida, uma das bases do controle constitucional.

A verdade é que a supremacia dos princípios gerais de direito na apreciação da validade das leis constitui o núcleo, o fundamento mesmo, da inconstitucionalidade, que ocorre quando existe um padrão legal que sirva para aferir o critério do juiz na definição do que se deva entender por “princípio fundamental”.⁴⁷

A partir da noção de superioridade do *Common law*, Sir Edward Coke lançou as bases teóricas para que se estabelecesse a “autoridade do juiz, que, enquanto árbitro entre o rei e a sociedade, estava autorizado a exercer o poder de ordenar e restabelecer o primado do *Common Law* diante dos arbítrios reais”, afirmando-se, então, a autoridade do juiz para “defender a supremacia do *Common Law* sobre a autoridade do Parlamento e mesmo do monarca”.⁴⁸ Coke foi uma das figuras mais relevantes do direito anglo-saxão, tendo se notabilizado pela defesa da superioridade da *Common law* contra as prerrogativas rei e do Parlamento. Enquanto parlamentar, foi um dos principais responsáveis pela elaboração do *Petition of Rights*, de 1628, um dos mais relevantes documentos do constitucionalismo inglês. Enquanto juiz, presidiu a *Court of Common Pleas*, de 1603 a 1613, e, na sequência, foi presidente do *King’s Bench*, até 1616, tendo se notabilizado pela defesa da independência judicial e a garantia das liberdades individuais.⁴⁹

Segundo GUILHERME BARCELOS, três decisões são emblemáticas para compreender a posição do juiz Coke: i) o primeiro, o *Case of Prihibitos*, de 1607, em que a *Court of Common Pleas* fixou limites à prerrogativa real, negando ao rei o exercício pessoal da função judicial;⁵⁰ ii) o segundo foi o *Case of Proclamations*, de 1610, em que restou decidido que o rei não teria poder de modificar a lei comum e nem criar delitos sem o Parlamento por meio das “proclamações”, que tinham natureza administrativa, assinalando que a mera vontade do

⁴⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 16-17.

⁴⁸ TAVARES e HERANI, *op. cit.*, p. 515.

⁴⁹ BARCELOS, *op. cit.*, pp. 13-15.

⁵⁰ Para detalhes sobre o caso, ver: BARCELOS, Guilherme. *Sir Edward Coke: a gênese do controle judicial de constitucionalidade*. Florianópolis: Habitus Editora, 2020, pp. 93-111.

monarca não teria força legal;⁵¹ por fim *iii*) o famoso *Bonham's case* (“Thomas Bonham v. College of Physicians”), também de 1610, que merecerá uma análise mais acurada. Este último, certamente, o mais marcante.

A corte decidiu favoravelmente a Thomas Bonham, em decisão capitaneada pelo *Chief Justice* Coke, que apontou que os atos do rei e do Parlamento que conferiram poderes de punição e decretação de prisão ao “College of Physicians” continham disposições que violavam o “Common law”, sendo, por essa razão, nulas.⁵² Declarou Sir EDWARD COKE que: “quando um ato do parlamento é contrário ao direito ou à razão comum, ou repugnante, ou impossível de ser executado, o direito comum irá controlá-lo e julgá-lo nulo”.⁵³ Reitere-se que Coke já havia aplicado a doutrina da supremacia do direito comum aos “atos do Rei” (acts of the king). Em *Bonham's*, estendeu essa doutrina para a legislação do Parlamento.

A defesa do poder judicial de controlar a legislação do parlamento (*judicial review of parliamentary acts*) acabou, como é sabido, não vingando no Direito inglês. O período subsequente foi marcado pela Guerra Civil inglesa, ocorrida entre 1642 e 1649, que derrubou Carlos I e resultou na instituição de uma República sob regime militar, chefiada pelo *Lord Protector* Oliver Cromwell a partir de 1653. Nesse mesmo ano, seria editado, em 16 de dezembro, o *Instrumento of Government*, ato redigido pelo *Major General* John Lambert e aceito por Cromwell, que instituiria o Protetorado Inglês e sob o qual aquele país seria governado desde dezembro de 1653 até maio 1657. O documento é, dessarte, considerado a primeira constituição escrita detalhada adotada por um Estado Moderno, tendo se encarregado, em seus 42 artigos, de disciplinar a estrutura e as competências dos órgãos governamentais.⁵⁴ Como anota Alfredo Buzaid:

O *Instrument of Government*, tido como o primeiro e único documento constitucional da Inglaterra, preceituava no art. 38: “Tôdas as leis, estatutos,

⁵¹ Sobre o caso: BARCELOS, *op. cit.*, pp. 111-116.

⁵² Para mais detalhes sobre o caso, ver: TAVARES, André Ramos, e HERANI, Renato Gugliano. Da Magna Carta ao direito processual constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n° 33, pp. 499-527, set./dez. 2015; BARCELOS, *op. cit.*, pp. 116-126; e FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Sir Edward Coke, el Bonham's Case y la Judicial Review. *Revista De Las Cortes Generales*, (88), pp. 07-85, 2013.

⁵³ BRITANNICA, The Editors of Encyclopaedia. “Bonham's Case”. *Encyclopedia Britannica*, 21 Nov. 2013. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Bonhams-Case>. Acesso em: 22 de março de 2023. No original: “when an act of parliament is against common right or reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void”.

⁵⁴ Conforme informa a Enciclopédia Britannica: “**Instrument of Government**, the document that established the English Protectorate and under which Great Britain was governed from December 1653 to May 1657. The first detailed written constitution adopted by a modern state, the Instrument attempted to provide a legal basis for government after the parliamentary failures in the wake of the English Civil Wars. In effect, it legitimized the power of Oliver Cromwell and his generals.” (BRITANNICA, The Editors of Encyclopaedia. “Instrument of Government”. *Encyclopedia Britannica*, 23 Jun. 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Instrument-of-Government-England-1653>. Acesso em 22 de março de 2023.

ordenações e cláusulas, em qualquer lei, estatuto ou ordenança, em contrário à liberdade de consciência, serão considerados nulos e írritos”.⁵⁵

O *Instrumento of Government* receberia críticas e ataques da ala dos radicais e dos monarquistas, de modo que viria a sucumbir, conforme assinalado, em maio de 1657, por decisão do Segundo Protetorado.⁵⁶ Cromwell viria a falecer em 1658 e, com ele, logo em seguida, a República, que cairia em 1660, quando então foi restaurada a monarquia absolutista com James II, dando-se início ao período denominado de “Restauração”. Pouco depois, em 1688, irrompeu a Revolução Gloriosa, que teve suas origens no conflito entre o Parlamento e o Rei James II, dando ensejo à deposição do monarca e conduzindo à coroação de Mary II of England e ao seu marido holandês William II of Orange. Como consequência, os poderes reais foram substancialmente reduzidos, estabelecendo-se o Parlamento como poder governante no Reino Unido e cujos atos não poderiam ser questionados perante as cortes judiciais. Prevaleceu, assim, a doutrina da Soberania ou Supremacia do Parlamento (*Parliamentary Sovereignty* ou *Supremacy of the English Parliament*), cujos atos seriam, então, incontrastáveis, sepultando-se, em solo britânico, a doutrina do poder judicial de rever os atos do Legislativo.⁵⁷

Conforme assinala BERNARD SCHWARTZ, os sistemas constitucionais pautados pela soberania ou supremacia do parlamento acabam por subjugar os tribunais e os órgãos do executivo aos atos do legislador supremo. Assim, ainda que se possa reconhecer que os juízes ingleses atuam com certa independência no exercício da judicatura, não há como deixar de observar que o Poder Judiciário possui uma relação de dependência para com o Legislativo, dependendo deste para sua existência e organização, bem como para concessão jurisdição e de poderes. Pontua SCHWARTZ que:

Em um sistema de governo parlamentar, como o que prevalece na Grã-Bretanha, as questões constitucionais sobre a extensão e os limites do poder judiciário e sua liberdade do controle legislativo não surgem. Embora não haja dúvida de que os juízes britânicos manifestaram um grau considerável de independência, é um fato político que na Grã-Bretanha os tribunais dependem inteiramente de Atos do Parlamento para

⁵⁵ BUZAID, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁵⁶ O documento, composto por 42 artigos, revelar-se-ia, contudo, falho e insatisfatório, levando o Parlamento inglês a rejeitá-lo como base da sua autoridade. Ainda segundo a Enciclopédia Britannica: “The Instrument proved unsatisfactory to both radicals and Royalists, and Parliament refused to accept it as the basis of its authority. In May 1657 the second Protectorate Parliament replaced the Instrument with a modified version called the Humble Petition and Advice; but this new constitution scarcely outlived Cromwell, who died the following year.” (BRITANNICA, “Instrument of Government”, cit.)

⁵⁷ Conforme assinalado por Alejandro E. Ghigliani: “Ningún órgano del Estado podía crear normas que prevalecieran sobre las leyes del Parlamento, cuyos actos habían de ser acatados por las Cortes. Si bien los derechos del individuo estaban instituidos en la Carta Magna (*Magna Charta*), en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) y en la Petición de Derechos (*Petition of Rights*), no debe olvidarse que estos instrumentos se habían obtenido para asegurar su ejercicio frente a los excesos de la Corona y no del Parlamento, que siempre fué considerado el defensor de las libertades públicas.” (GHIGLIANI, Alejandro E. *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1952, p. 9).

sua existência, jurisdição e poderes. O mesmo ocorre em outros países cujo sistema constitucional é dominado pela doutrina da soberania parlamentar. Essa doutrina implica subordinação judicial no sentido de que tende a tornar os tribunais, tal como o executivo, totalmente sujeitos, pelo menos na teoria constitucional, à vontade do legislador supremo.⁵⁸

Contudo, na linha assinalada por DIETER GRIMM, descabe confundir esses momentos históricos com o constitucionalismo que emergiria apenas no Século XVIII com as revoluções americana e francesa. Uma constituição, em seu sentido mais preciso, “representa um tipo específico de legalização do governo político que é ligada a condições históricas que nem sempre existiram e que podem também desaparecer no curso da história”⁵⁹. Desse modo, a própria noção de controle de constitucionalidade da legislação não prescinde dessa noção estrita de constituição, ressaltando o jurista alemão que “[a] hierarquização de normas jurídicas não produz, por si mesma, uma constitucionalização”.⁶⁰

Nesse mesmo sentido, na senda das ensinanças de ELENA MALFATTI, SAULLE PANIZZA e ROBERTO ROMBOLI, tem-se que não há como dissociar o sentido próprio de controle de constitucionalidade do contexto das revoluções americana e francesa, ainda na segunda metade do Século XVIII. De acordo com os professores italianos:

Para explicar as origens da justiça constitucional, é necessário voltar à era das constituições revolucionárias, norte-americana e francesa. É na segunda metade do século XVIII, de fato, que se delinearam os pressupostos para que se possa falar em justiça constitucional em seu sentido próprio e, em particular, é no contexto do debate que se desenvolve antes da Convenção de Filadélfia, e depois em torno do texto da Carta dos Estados Unidos de 1787, que surge primeiramente a ideia de controle sobre a conformidade das leis com os princípios superiores contidos na Constituição.⁶¹

⁵⁸ SCHWARTZ, Bernard. *American constitutional law*. Cambridge: University Press, 1955, p. 126. No original: “In a system of parliamentary government, such as that which prevails in Britain, the constitutional questions of the extent and limits of judicial power and its freedom from legislative control do not arise. Although it cannot be doubted that British judges have manifested a considerable degree of independence, it is a political fact that in Britain the courts depend entirely upon Acts of Parliament for their existence, jurisdiction and powers. The same is true in other countries whose constitutional system is dominated by the doctrine of parliamentary sovereignty. That doctrine implies judicial subordination in the sense that it tends to make the courts, like the executive, wholly subject, in constitutional theory at least, to the will of the supreme legislature”.

⁵⁹ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 3, tradução nossa. No original: “The constitution represents a specific type of legalization of political rule that is linked to historical conditions which did not always exist and which could also disappear over the course of history”.

⁶⁰ GRIMM, *op. cit.*, p. 6.

⁶¹ MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saulle, e ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 7ª edizione, Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 1. Tradução nossa. No original: “Per spiegare le origini della giustizia costituzionale è necessario risalire all’età delle costituzioni rivoluzionarie, nordamericana e francese. È nella seconda metà del XVIII secolo, infatti, che si delineano i presupposti affinché di giustizia costituzionale in senso proprio si possa iniziare a parlare, ed in particolare è nel contesto del dibattito che si sviluppa prima della Convenzione di Filadelfia, e poi attorno al testo della Carta statunitense del 1787, che affiora per la prima volta l’idea di controllo sulla conformità delle leggi ai superiori principi contenuti nella Costituzione”.

Dessa forma, ainda que as noções de hierarquia normativa e controle de normas não tenham sido uma novidade do(s) constitucionalismo(s) revolucionário(s) que floresceu(ram) na parte final do Século XVIII, não há como tirar-lhes o mérito da construção e consolidação dos sentidos hodiernamente consagrados de “constituição” e “controle de constitucionalidade”. Logo, a compreensão do surgimento e desenvolvimento dos modelos de controle de constitucionalidade passa necessariamente pela abordagem do constitucionalismo americano e da edificação do seu sistema constitucional, bem como com o contraste deste com o constitucionalismo e o modelo estrutural desenvolvido no continente europeu no mesmo período.

A despeito do relatado, cumpre consignar a visão de CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT, segundo a qual o “elemento histórico” em nada serve para compreender os debates e a afirmação da doutrina do *judicial review* que viria a se fazer nos Estados Unidos a partir da Convenção de Filadélfia e que resultaria na elaboração da Constituição Americana em 1787. Conforme lição do autor:

O elemento histórico nenhuma luz traz sobre a controvérsia, porque a Convenção jamais enfrentou a tese, nunca a discutiu, nem teve ensejo de votá-la. É certo que, durante os debates, alguma coisa se disse a respeito da inconveniência de se atribuir aos juízes o poder de tornar ineficazes as leis, merecendo citação a observação de JOHN DICKINSON, no sentido que os juízes de Aragão começaram por deixar de lado as leis e acabaram por fazê-las – “*the judges of Aragon began by setting aside laws and ended by making them*”. Mas, na verdade, esses debates em nada esclarecem o pensamento dos convencionais, muito embora toda a presunção se oriente no sentido da conclusão a que chegou NEUMANN, ao afirmar que, se, efetivamente, os *founding fathers* quisessem atribuir supremacia a um dos três poderes, essa havia de caber necessariamente ao Congresso e não à Corte Suprema – *Wenn die “founding fathers” einer der drei Gewalten das Übergewicht hätten geben wollen, so wäre dies wahrscheinlich der Kongress und nicht der Oberst Gerichtshof Gewesen.*

Não se diga, por outro lado, que o assunto era pacífico ao tempo da elaboração do Estatuto americano, sob pretexto de que a concepção do Judiciário como guarda da Constituição foi haurida no sistema inglês, onde os juízes “resolutamente viraram-se contra a extensão das prerrogativas reais, recusando-se a aplicar decretos do rei quando contrários, no seu julgamento, à lei da terra (law of the land), isto é à Constituição”. Essa afirmação de BLACK não tem qualquer pertinência com o assunto porque, nos casos por ele citados, decididos pela Justiça inglesa, estavam em jogo, apenas, atos do rei, decretos ou ordenanças reais e não atos expedidos pelo Parlamento. Também não cabe a invocação de EVANS sobre os poderes do *Privy Council* inglês para julgar inválidos os atos das legislaturas das colônias. Essas hipóteses nada têm de comum com o controle pelo Judiciário dos atos expedidos pelo Congresso ou pelo Parlamento, colocados no mesmo nível de governo. A história mostra que, neste particular, a intransigência inglesa era absoluta, bastando recordar que EDWARD COKE, pela sua ousadia em sustentar que a lei interpretada pelos tribunais era superior ao Rei e ao Parlamento, opondo-se às pretensões expansionistas de Jaime I, foi, afinal, destituído do cargo.

A verdade, por consequência, é que o assunto não constituía tese central que polarizasse a atenção dos elaboradores da Constituição americana, não tendo sido, por isso mesmo, objeto de cogitação por parte dos convencionais.⁶²

Tenha-se presente, de qualquer modo, que a abordagem histórica que se buscou desenvolver neste tópico almejou demonstrar que os movimentos revolucionários do Século XVIII, ainda que tenham buscado afastar-se dos antigos regimes e construir um novo modelo político, são herdeiros diretos das tradições e culturas sob as quais emergiram, sendo mesmo as novidades fruto, em maior ou menor medida, da experiência já existente.

1.2. O CONSTITUCIONALISMO AMERICANO E O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO: ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CARACTERÍSTICAS

Curiosamente, a prevalência da Supremacia do Parlamento na Inglaterra produziu efeitos contrários nas colônias americanas, dando força à adoção de um sistema de controle dos atos do Legislativo. Cumpre rememorar que as colônias britânicas na América foram constituídas na forma de companhias, sendo regidas pelas “Cartas da Coroa”, que regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das colônias e eram tidas como vinculatórias para a legislação local. Tais Cartas permitiam a elaboração de legislação local, com a condição de que fossem razoáveis e que não fossem contrárias às leis do reino – e, conseqüentemente, não contrárias à vontade suprema e soberana do Parlamento. Havia decisões, conforme lembra MAURO CAPPELLETTI, do *Privy Council* no sentido de que os juízes das colônias apenas podiam aplicar a legislação local caso essas não estivessem em contrariedade com as leis do reino, cabendo citar, nesse sentido, as decisões em “Winthrop v. Lechmere”, de 1727, e “Philips v. Savage”, de 1738.⁶³⁻⁶⁴ Tem-se, portanto, que a noção de controle da legislação pelos tribunais não era algo desconhecido pelos americanos já no período colonial.

Além disso, deve-se destacar que a doutrina de Sir Edward Coke encontrou forte eco entre os peregrinos que deixavam as Ilhas Britânicas rumo ao Novo Mundo. Certa feita, assinalou a professora MARIA GARCIA, em uma de suas aulas, que os peregrinos seguiam para

⁶² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª edição – atualizada por José Aguiar Dias, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, pp. 19-21.

⁶³ Segundo lição de Alejandro E. Ghigliani: “Hacia fines del siglo XVII el rey de Inglaterra dió jurisdicción al ‘Consejo Privado’ para revisar por recurso de alzada las sentencias dictadas por los tribunales de todas las colonias – em algunas de esas colonias las cartas o cédulas no daban el recurso – en pleitos en que se debatieran cuestiones de una importancia económica superior a trescientas esterlinas. En 1684, por último, el rey, con la asistencia del ‘Consejo Privado’, determinó las formalidades del trámite del recurso de apelación, y dispuso que las legislaturas coloniales no podían reformar las decisiones judiciales. La resolución fué confirmada en el año 1698.” (GHIGLIANI, *op. cit.*, p. 13)

⁶⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 61.

a América levando a Bíblia traduzida do Rei James debaixo de um braço e os “Institutos” de Coke debaixo do outro. Nesse sentido, de acordo com ADHEMAR FERREIRA MACIEL:

Os livros de Coke (*Institutes*), que teriam sido trazidos por alguns peregrinos do Mayflower (1620) para o Novo Mundo, faziam parte da aprendizagem de todo bom advogado. Assim, a teoria da *judicial review* estava, digamos, “no sangue” do norte-americano que lidava com as leis. O próprio John Marshall, quando era convencional da assembléia da Virgínia no momento da ratificação da Constituição federal, enfatizara que toda lei que fosse contrária à Constituição deveria ser declarada “nula e írrita”.⁶⁵

Deveras, a doutrina de Coke forneceu as bases teóricas não apenas para os advogados americanos no período colonial, mas também para os revolucionários que viriam a declarar a independência americana.⁶⁶ Nessa linha, ensina MAURO CAPPELLETTI que o pensamento de Coke foi por muitas vezes acolhido pelos tribunais:

A doutrina de Lord Coke, entendida como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o do Parlamento, predominou na Inglaterra por alguns decênios e, não só na Inglaterra, mas também nas colônias inglesas da América, onde foi, de fato, em muitas ocasiões acolhida pelos tribunais.⁶⁷

A influência da doutrina de Sir Edward Coke é também apontada por BERNARD SCHWARTZ como elemento fulcral do desenvolvimento do constitucionalismo de matriz americana e do respectivo sistema jurídico. As lições do juiz inglês, embora não tenham frutificado em terras inglesas, encontraram solo fértil no outro lado do Atlântico e consubstanciaram o conteúdo essencial do ensino jurídico e alicerçaram o pensamento e a atuação dos operadores do Direito nas colônias, nos estados independentes e na edificação dos Estados Unidos. A doutrina de Coke, pautada na supremacia do *common law*, na legalidade e defesa das liberdades dos ingleses, foi o farol que iluminou o ideário revolucionário e, posteriormente, dos pais fundadores (*founding fathers*) da nação americana. Nas palavras de SCHWARTZ:

Os homens da Revolução Americana foram nutridos pelos escritos de Coke. “Coke’s *Institutes*”, escreveu John Rutledge, da Carolina do Sul, “parece ser quase a base de nosso direito”. Escritores modernos podem caracterizar Coke como um escritor obsoleto que a Constituição britânica superou. Os americanos do século XVIII não tiveram o benefício de tal criticismo *ex post facto*. Para eles, Coke era o colosso contemporâneo da lei – “nosso oráculo juvenil”, John Adams o denominou em uma carta de 1816 – que combinou em sua própria pessoa a posição de juiz supremo,

⁶⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, v. 43, n. 172, pp. 37-44, out./dez. 2006, p. 39. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93276>.

⁶⁶ BARCELOS, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁶⁷ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 60.

comentarista da lei e líder da oposição no Parlamento contra a tirania real. A famosa obra de Coke, “*Commentary upon Littleton*”, disse Jefferson, “foi o livro elementar universal dos estudantes de direito e um Whig mais sólido que nunca escreveu nem de aprendizado mais profundo nas doutrinas ortodoxas das... liberdades britânicas”. Quando Coke, depois de afirmar a supremacia da lei sobre o poder real, anunciou: “Não sou eu, Edward Coke, que a fala, mas os registros que a falam”, os homens do lado ocidental do Atlântico tomaram como verdade literal sua afirmação de que ele estava apenas declarando, não fazendo lei.

A contribuição de Coke para o constitucionalismo foi, portanto, fundamental. Ele afirmou a supremacia da lei em termos de direito positivo. E foi nesses termos que a doutrina teve tanta importância para os fundadores da República Americana. Quando falavam de um governo de leis e não de homens, não estavam se entregando a meros floreios retóricos.⁶⁸

Com efeito, não se pode descuidar, como bem assinala MAURICE JOHN CRAWLEY VILE, que o constitucionalismo e o sistema jurídico americanos são herdeiros de toda a tradição jurídica inglesa. A revolução e fundação americanas não se pautaram por uma ruptura absoluta com as estruturas políticas, sociais, econômicas e jurídicas da metrópole. Pelo contrário, tiveram na experiência inglesa o “ponto de partida” para a construção de um modelo adaptado que atendessem às necessidades das colônias. Isso não quer dizer, evidentemente, que a manutenção do modelo inglês adaptado não tenha gerado conflitos, notadamente diante das características do governo colonial, cujos poderes eram, em relação aos colonos, mais extensos que aquele que a Coroa tinha em relação aos súditos na Inglaterra. Conforme ressaltado por M. J. C. VILE:

O pensamento constitucional na América no período que antecedeu a criação da Constituição Federal reflete uma série de influências entrelaçadas no trabalho. O pensamento inglês, e o padrão das instituições inglesas, inevitavelmente forneceram o ponto de partida para o desenvolvimento americano. Mas a estrutura da teoria constitucional inglesa, embora tenha sido adaptada ao ambiente americano, estava potencialmente em desacordo com a estrutura social das colônias. Houve alguma tensão em adaptar a forma inglesa de constituição equilibrada [*balanced constitution*] à do governo colonial. Pois embora os primeiros reconhecessem a importância do monarca e da aristocracia hereditária, com sua reivindicação ao exercício do poder, as

⁶⁸ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 5. No original: “The men of the American Revolution were nurtured upon Coke’s writings. “*Coke’s Institutes*,” wrote John Rutledge of South Carolina, “seem to be almost the foundation of our law.” Modern writers may characterize Coke as an obsolete writer whom the British Constitution has outgrown. Americans of the eighteenth century did not have the benefit of such ex post facto criticism. To them, Coke was the contemporary colossus of the law – “our juvenile oracle,” John Adams termed him in his 1816 letter – who combined in his own person the position of the highest judge, commentator on the law, and leader of the Parliamentary opposition to royal tyranny. Coke’s famous *Commentary upon Littleton*, said Jefferson, “was the universal elementary book of law students and a sounder Whig never wrote nor of profounder learning in the orthodox doctrines of... British liberties.” When Coke, after affirming the supremacy of the law to royal prerogative, announced, “It is not I, Edward Coke, that speaks it but the records that speak it,” men on the western side of the Atlantic took as the literal truth his assertion that he was only declaring, not making law. Coke’s contribution to constitutionalism was thus a fundamental one. He stated the supremacy of law in terms of positive law. And it was in such terms that the doctrine was of such import to the Founders of the American Republic. When They spoke of a government of laws and not of men, they were not indulging in mere rhetorical flourish”.

reivindicações da Coroa, como representada pelo governador colonial, eram muito maiores do que os poderes e prerrogativas exercidos pelo monarca na Inglaterra.⁶⁹

Esse processo conflituoso de adaptação das estruturas inglesas demandou dos revolucionários a reconstrução da teoria da separação dos poderes que servisse de base para formação de um governo constitucional. Tendo em vista que a teoria e o modelo de governo ingleses não eram consentâneos com as características e aspirações da sociedade americana, tornou-se necessário abandonar algumas premissas do constitucionalismo de matriz inglesa – notadamente a noção de “governo misto” –, tendo os revolucionários, com esteio nas doutrinas de Locke e Montesquieu, erigido a separação de poderes como viga mestra da nova estrutura constitucional que viriam a adotar.

Posteriormente, com a consecução da independência, as forças revolucionárias viram-se diante da tarefa de construção desse novo modelo de governo constitucional. Foi nesse momento em que “radicais” e “moderados”, até então unidos pelo propósito de livrarem-se do jugo britânico, apartaram-se na defesa do modelo adequado a ser adotado. Os moderados, que haviam se unido aos radicais para obtenção da independência, decidiram retomar em parte as antigas ideias inglesas de “governo equilibrado” (*balanced government*), de modo engendrarem com as doutrinas de Locke e Montesquieu para fazer emergir um pensamento constitucional próprio e criar uma combinação inovadora da doutrina da separação de poderes com a noção de “freios e contrapesos” (*checks and balances*). Sobre isso, convém trazer as observações de M. J. C. VILE:

No entanto, à medida que o conflito se aprofundava, como havia acontecido na Inglaterra do século XVII, a teoria da *constituição equilibrada* [*balanced constitution*] tornou-se cada vez mais irrelevante, e a separação de poderes emergiu novamente como a única base disponível de um governo constitucional. Locke e Montesquieu forneceram a munição intelectual pela qual a separação de poderes poderia ser avançada como um princípio mais fundamental do que o de um *governo misto* [*mixed government*], embora a influência deste último fosse, naturalmente o suficiente em vista da estrutura de sua grande obra, sentida e exercida em ambos os lados do argumento, cada lado selecionando as passagens que melhor se adequavam à sua causa. A verdadeira eclosão de uma Revolução que se apoiou fortemente no caráter relativamente democrático do modo de vida americano tornou a velha teoria do governo totalmente inapropriada, e por um curto período a pura doutrina da separação de poderes surgiu nos Estados Unidos, como aconteceu na Inglaterra mais de um

⁶⁹ VILE, Maurice John Crawley (M.J.C.). *Constitutionalism and the separation of powers*. 2nd edition, Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 134. No original: “Constitutional thought in America in the period leading up to the creation of the Federal Constitution reflects a number of interwoven influences at work. English thought, and the pattern of English institutions, inevitably provided the starting point for American development. But the structure of English constitutional theory, although it was adapted to the American environment, was potentially at variance with the social structure of the colonies. There was some strain in adapting the English form of balanced constitution to that of the colonial government. For though the former acknowledged the importance of monarch and hereditary aristocracy, with their claim to the exercise of power, the claims of the Crown, as represented by the colonial Governor, were far greater than the prerogative powers exercised by the monarch in England”.

século antes, e como aconteceria em breve na França, e foi incorporada em vários graus na estrutura institucional dos governos revolucionários dos Estados. Com a conquista da independência, porém, aqueles líderes americanos que se aliaram com forças radicais, para os propósitos da revolução, voltaram-se novamente para as velhas ideias de governo equilibrado [*balanced government*], não abraçando a teoria em sua integralidade, mas enxertando-a na nova base do pensamento constitucional americano, para proporcionar uma nova e única combinação americana de separação de poderes e de freios e contrapesos [*checks and balances*].⁷⁰

Sobre a importância desse modelo de separação de poderes implantado pelos americanos, ressalta MAURO CAPPELLETTI a relevância dessa noção de “freios e contrapesos”, pautado pelo controle recíproco entre os poderes, para que se pudesse desenvolver naquele sistema as condições para a consolidação do controle de constitucionalidade das leis. Nas palavras do jurista italiano:

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).⁷¹

Tem-se, assim, que a formação do pensamento constitucional americano não abdicou da manutenção das bases do direito e do constitucionalismo ingleses. Deveras, entenderam os fundadores que os desafios que se avizinhavam nessa nova fase da história americana não poderiam ser resolvidos apenas recorrendo à experiência do velho modelo inglês, do qual, na condição de revolucionários, deveriam se afastar – afinal, não haveria sentido romper-se com um sistema para, em seguida, mantê-lo intacto e aplicá-lo integralmente. Entretanto, estavam

⁷⁰ VILE, *op. cit.*, pp. 134-135. No original: “As the conflict deepened, however, as had been the case in seventeenth-century England, the theory of the balanced constitution became more and more irrelevant, and the separation of powers emerged again as the only available basis of a *constitutional* government. Locke and Montesquieu provided the intellectual ammunition by which the separation of powers could be advanced as a principle more fundamental than that of mixed government, although the influence of the latter author was, naturally enough in view of the structure of his great work, felt and exercised on both sides of the argument, each side selecting those passages which best suited their cause. The actual outbreak of a Revolution that leaned heavily upon the relatively democratic character of the American way of life rendered the old theory of government wholly inappropriate, and for a short period the pure doctrine of the separation of powers emerged in America, as it had in England over a century before, and as it was shortly to do again in France, and was incorporated in varying degrees into the institutional structure of the revolutionary State governments. With the attainment of independence, however, those leaders in America who had allied with radical forces, for the purposes of the revolution, turned back again to the old ideas of balanced government, not embracing the theory in its entirety, but grafting it on to the new basis of American constitutional thought, to provide a new, and uniquely American, combination of the separation of powers and checks and balances”.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição – reimp., Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, p. 98.

cientes de que esse enfrentamento não seria exitoso com o completo abandono dos modelos e padrões exitosos herdados da metrópole. Diante disso, a chave para a construção de um modelo bem-sucedido passava pela filtragem da herança inglesa, mantendo o que fosse considerado benéfico e remodelando aquilo que necessitasse de adaptação aos novos tempos. Conforme assinala M. J. C. VILE, o sucesso do modelo americano deve ser creditado a essa capacidade de aceitação e entendimento da teoria constitucional e da experiência jurídica e política herdados, remodelando apenas o necessário para adaptá-las às necessidades do novo momento vivido pelas ex-colônias:

Estes homens estavam bem cientes de que enfrentavam problemas que não poderiam ser resolvidos por apelo à experiência ou à velha teoria constitucional. Eles estavam, necessariamente, presos à lógica de sua própria posição como revolucionários que desejavam manter o melhor dos velhos caminhos, de modo que construíam dentro do padrão geral do pensamento constitucional que herdaram, mas rejeitaram específica e conscientemente muitos elementos do antigo padrão. O feito notável dos americanos foi o de que eles não apenas aceitaram e compreenderam a teoria constitucional e a experiência de que eram herdeiros, mas que tomaram essa herança e a remodelaram, de forma eficaz e bem-sucedida, para enfrentar uma nova e extraordinariamente difícil situação.

Até pouco antes da Declaração de Independência, a teoria constitucional dos colonos americanos era muito parecida com a da metrópole, com apenas as emendas necessárias para relacioná-la com as condições do governo colonial.⁷²

Com a revolução americana e a consequente independência das colônias em 1776, os novos Estados substituíram as “Cartas da Coroa” por Constituições próprias. Desse modo, naturalmente, os tribunais transplantaram a assentada prática de afastar leis contrárias às “Cartas da Coroa” para o controle de leis contrárias às constituições dos estados recém-formados. São exemplos disso, conforme ressalta MAURO CAPPELLETTI, a decisão da Suprema Corte de Nova Jersey no caso “Holmes v. Walton”, de 1780; e a decisão da Corte de Virgínia em “Commonwealth v. Caton”, de 1782.⁷³

Conforme pontua TONI M. FINE, a Convenção de Filadélfia – que resultaria na promulgação da Constituição de 1787 – não se debruçou de forma específica sobre o tema do controle de constitucionalidade das leis, não tendo o tema recebido maior atenção. O assunto

⁷² VILE, *op. cit.*, p. 135. No original: “These men were well aware that they faced problems which were not to be neatly solved by appeal either to experience or to the old constitutional theory. They were, necessarily, caught up in the logic of their own position as revolutionaries who wished to maintain the best of the old ways, so that they built within the general pattern of constitutional thought which they inherited, but they specifically and consciously rejected many elements of the old pattern. The remarkable achievement of the Americans was that they not only accepted and understood the constitutional theory and experience that they were heirs to, but that they took this heritage and refashioned it, effectively and successfully, to meet a new and extraordinarily difficult situation. Until shortly before the Declaration of Independence the constitutional theory of the American colonists closely paralleled that of the mother country, with only those emendations necessary to relate it to the conditions of colonial government”.

⁷³ CAPPELLETTI, 1999.

foi abordado apenas de forma lateral, aparecendo de forma incidental em debates de outros temas que acabavam por suscitar a questão. Dá-se conta de que havia manifestações contrárias a esse poder, mas haveria uma maioria que lhe seria favorável, conquanto essas manifestações fossem mais abstratas e não pudessem fornecer um melhor entendimento sobre o que se compreendia sobre esse poder.⁷⁴

Certo é que o poder judicial de declarar nulos atos contrários ao texto constitucional não apenas não passou despercebido pela campanha de ratificação da Constituição de 1787, como constou expressamente do famoso *Paper n° 78* dos denominados Artigos Federalistas – ou apenas “O Federalista” – como um instrumento ínsito a qualquer “Constituição limitada”. Da lavra de Alexander Hamilton, o artigo, que iniciava as discussões sobre as funções e organização do Poder Judiciário trazidas na Carta fundante da Federação Americana, consignava que:

A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática por meio das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis.

(...)

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. (...).

(...) não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.⁷⁵

Sem embargo, o silêncio constitucional acerca do poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis fez – e ainda faz – emergirem debates sobre a sua efetiva previsão e legitimidade, agravando-se a partir das críticas opostas à famigerada decisão de 1803.

⁷⁴ FINE, Toni M. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. In TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 351.

⁷⁵ HAMILTON, Alexander. *Paper n° 78*. In HAMILTON, Alexander, MADISON, James, e JAY, John. *O Federalista*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3ª edição, Campinas: Russell editores, pp. 479-480.

Contrapõem-se posições que suscitam, de um lado, a necessidade de sua expressa previsão constitucional e, de outro lado, a plena capacidade de inferência de sua existência como um poder implícito, matematicamente demonstrável.⁷⁶ A decisão da Suprema Corte Americana em *Marbury v. Madison*, capitaneada por John Marshall, apesar de sedimentar a questão na prática judiciária, não teve o condão de pacificar o debate doutrinário, provocando a cizânia entre aqueles que elogiam a construção lógica da tese do poder implícito e os que nela enxergam a mera usurpação de poderes.⁷⁷

De acordo com as abrangentes pesquisas de WILLIAM MICHAEL TREANOR sobre o exercício do controle de constitucionalidade antes da célebre decisão de 1803, destaca, ainda no período pós-revolucionário, os casos de *Holmes v. Watson*, de 1780, da Suprema Corte de Nova Jersey – primeiro caso envolvendo o exercício do *judicial review*, ainda que não resultando em invalidação do ato impugnado – e do *Ten Pound Act Cases*, de 1786-1787, ocorrido em Nova Hampshire, em que foram discutidas leis estaduais que limitavam os julgamentos por meio de júri, tidos como garantias em suas respectivas constituições. Também versando sobre o tema de julgamento por meio de júri, mas em contexto completamente diverso, tendo em vista que Rhode Island ainda não possuía constituição escrita, discutiu-se em *Trevett v. Weeden*, de 1786, a necessidade de a lei observar o direito ou razão comum.

Também do período pós-revolucionário, aponte-se o julgamento de *Rutgers v. Waddington*, de 1784, de Nova Iorque, em que a autora, fundada no *Trespass Act*, editado pelo Governo do Estado de Nova Iorque em 1783, cobrava do réu o aluguel do período em que este ocupou o seu imóvel, entre 1778 e 1783. Ocorre que o uso do imóvel se deu durante a ocupação militar britânica da cidade de Nova Iorque, de modo que a propriedade se encontrava sob o controle do exército britânico e o seu uso era por ele permitido, bem como a ele eram pagos os aluguéis pela ocupação. O caso é especialmente relevante porque o advogado do réu foi justamente Alexander Hamilton e que, como fundamento de defesa, suscitou a inconstitucionalidade da referida lei estadual em que se fundava a pretensão de cobrança da autora, sob o fundamento de violação do Artigo XXXV da Constituição do Estado de Nova Iorque. O julgamento levado a cabo pela *Mayor's Court of New York*, segundo assinala TREANOR, revelou-se complicado, na medida em que “a corte cuidadosamente evitou exercer o

⁷⁶ Sobre o tema: COXE, Brinton. *An essay on judicial power and unconstitutional legislation*. Filadélfia: Kay and Brother, 1893, pp. 52-54.

⁷⁷ O conflito é percutientemente tratado por Charles Austin Beard, que rechaça com veemência a tese da usurpação. Ver: BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Introdução e bibliografia de Alan F. Westin. Trad. Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

poder de controle judicial de constitucionalidade. Ainda assim, ela seguiu amplamente as razões de Hamilton e, em grande parte, decidiu em favor de seu cliente”.⁷⁸

Outros casos são relatados por WILLIAM MICHAEL TREANOR e que antecedem a famosa decisão da Suprema Corte de 1803. Em *Synsbury Case* (1785), de Connecticut, a *Litchfield County Superior Court* reconheceu a ausência de efeitos jurídicos de ato do Legislativo daquele Estado. Outrossim, merece destaque o *Case of the Prisoners* (1782), da Virgínia, em que a discussão sobre a inconstitucionalidade tanto do ato da *The House of Delegates* de concessão de *pardon* – que pode ser traduzido como perdão ou indulto – a três condenados por crime de trição, como da própria disciplina do indulto prevista no *Treason Act* foram utilizados pelas partes em suas manifestações e acabaram por merecer especial atenção de parte dos juízes da *Court of Appeals*.⁷⁹

Já no período republicano, isto é, após a edição da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, TREANOR relata que houve trinta e um casos na justiça federal em que uma lei foi invalidada, bem como outros sete em que, apesar de preservada, entendeu o julgador tratar-se de lei inconstitucional.⁸⁰ A partir dos estudos de Treanor, TONI M. FINE destaca dois casos em particular que antecedem *Marbury v. Madison*: o primeiro é *Hylton v. United States*, de 1796, em que se discutiu a validade de uma lei que instituiu um tributo federal sobre transportes individuais, de forma que, embora tenha a Suprema Corte mantido o ato legislativo, indicou que possuía o poder de confrontar a lei com a Constituição; o segundo caso ressaltado é de *Ware v. Hylton*, de 1796, em que a Suprema Corte, valendo-se da cláusula de supremacia constitucional, entendeu que uma lei estadual da Virgínia afrontava o Tratado de Paris.⁸¹

O julgamento do aresto *Marbury v. Madison*, de 1803, assentou em definitivo no direito constitucional americano a doutrina do *judicial review*. Curiosamente, todavia, a força motriz da decisão parece ter sido antes de natureza política do que jurídica, tendo em vista que

⁷⁸ TREANOR, *op. cit.*, p. 484. No original: “The decision is a complicated one, as the court carefully avoided exercising the power of judicial review. Even so, it largely followed Hamilton’s reasoning and, in large part, ruled in favor of his client”.

⁷⁹ Cumpre consignar que, conforme relatado por Treanor, o Procurador-Geral do Estado Edmund Randolph assinalou a legitimidade do *judicial review*: “He accepted the legitimacy of judicial review—a striking concession given the novelty of the practice and the fact that he was defending the statute. He declared that a constitution is a ‘touchstone’ that allows the determination of ‘how far the people, the fountain of power, have chosen to deposit it in their legislative servants.’” TREANOR, *op. cit.*, p. 490. Além disso, cumpre destacar que o caso contou com a atuação do renomado jurista St. George Tucker, que defendeu a legitimidade do *judicial review* nos seguintes termos: “[The constitution] is the touchstone by which every Act of the legislature is to be tried. if [sic] any Act thereof shall be found absolutely [and] irreconcilably contradictory to the Constitution, it cannot admit of a Doubt that such act is absolutely null and void.”. *Apud* TREANOR, *op. cit.*, p. 491.

⁸⁰ Para um estudo mais aprofundado do histórico dos debates judiciais e desenvolvimento do *judicial review* nos Estados Unidos, indica-se a leitura de TREANOR, William Michael. *Judicial review before Marbury*. *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 58, pp. 455-562, nov. 2005, pp. 457-458. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/treanor.pdf>. Acesso em: 20/09/2022.

⁸¹ FINE, *op. cit.*, pp. 351-352.

o caso envolvia um intrincado contexto político. Conforme relatam JOHN E. NOWAK e RONALD D. ROTUNDA, o cenário político americano do final do Século XVIII foi marcado pela intensa rivalidade entre o Partido Federalista (*Federalist Party*), então no controle do governo federal com o Presidente John Adams, e o opositor Partido Democrata-Republicano (*Democratic-Republican Party*), capitaneado por Thomas Jefferson, agravado pelo *Sedition Act*, de 1798, aprovado pelos Federalistas para perseguir seus opositores políticos. Nas eleições presidenciais de 1800, os Federalistas viriam a perder o controle sobre o Executivo e o Congresso, tendo os Republicanos assumido a maioria das duas Casas do Legislativo e conseguido a eleição de Thomas Jefferson como terceiro presidente do país. O Presidente John Adams manter-se-ia no cargo até o término do mandato, em 4 de março de 1801, data em que assumiria o novo governo.⁸²

Em uma manobra para manter o controle e influência sobre o Judiciário após a perda das eleições, os Federalistas aproveitaram a sua ainda maioria parlamentar para aprovar, em 13 de fevereiro de 1801, o *Circuit Court Act*, que estabeleceu a redução do número de membros da Suprema Corte e a criação de dezesseis novos cargos de juiz federal. Outra lei de 27 de fevereiro daquele mesmo ano, o *District of Columbia Organic Act*, admitiu a indicação de mais quarenta e dois Juízes de Paz (*Justices of the peace*), com mandatos de cinco anos, para servirem no Distrito de Columbia e Alexandria. Rapidamente, o Presidente Adams tratou de fazer as novas indicações, apontando nomes vinculados aos Federalistas. Os juízes federais foram confirmados pelo Senado apenas dois dias antes do final do mandato, em 2 de março, enquanto os juízes de paz apenas foram confirmados na véspera, em 3 de março. A formalização da conclusão do procedimento de provimento nos cargos demandava o envio dos “títulos de nomeação” (*sealed commissions*) aos indicados confirmados. Ficou a cargo do ainda Secretário

⁸² NOWAK, John E., e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 8th edition, St. Paul (MN): West Publishing (Thomson Reuters), 2010, p. 1. Assentam os autores que: “The last years of the eighteenth century were a time of intense political rivalry for the new nation. The Federalist Party controlled the national government and did not hesitate to use its powers for partisan purposes, exemplified by the Sedition Act, which punished those who spoke out against President Adams or the Federalist Congress. The opposition responded with animosity towards the Federalists and the Federalist judges who enforced the Sedition Act against competing political parties.”

‘In 1800, the Federalists lost power for a variety of reasons, including popular reaction against their use of the Sedition Act and the growing tensions with Great Britain. Jefferson won the popular vote for the presidency but there was a tie vote between Jefferson and Aaron Burr in the electoral college. Eventually, the new House of Representatives chose Jefferson President’.

de Estado, John Marshall,⁸³⁻⁸⁴ a expedição e envio desses “títulos” aos indicados confirmados, o que precisou ser feito às pressas, na calada da noite e madrugada adentro, diante do término iminente do mandato presidencial no dia seguinte. Por essa circunstância, esses atos foram apelidados por Thomas Jefferson como *midnight appointment*⁸⁵ e os juízes ficaram conhecidos como os *midnight judges*.⁸⁶

Contudo, a despeito de todo o esforço empregado por Marshall e seus auxiliares, não houve tempo hábil nem para confecção de todos os “títulos de nomeação” e nem o envio de todos os já confeccionados, de modo que algumas das indicações não tiveram a formalização da sua conclusão.⁸⁷ Dentre os atingidos pela ausência de tempo estava justamente William Marbury, indicado para o cargo de Juiz de Paz, mas que não recebeu o respectivo “título” necessário para sua investidura no cargo. Evidentemente, o expediente astucioso dos Federalistas de garantir cargos a seus apoiadores no apagar das luzes do mandato presidencial não foi bem recebido pelos Republicanos que na data seguinte assumiam o poder. Empossado o novo governo, decidiram revidar e negaram o envio dos “títulos de nomeação” faltantes, bem

⁸³ Marshall já havia sido indicado pelo Presidente e aprovado pelo Senado, em 27 de janeiro de 1801, como Juiz Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte americana, assumindo o cargo em 4 de fevereiro subsequente. Contudo, seguiu no exercício das funções do cargo de Secretário de Estado a pedido do Presidente John Adams até o término do mandato presidencial. Conforme relatam Nowak e Rotunda: “On January 27, 1801, the lame duck Senate confirmed Marshall's nomination, and he became Chief Justice on February 4, 1801, only a month before Jefferson would take office. At President Adams' request, Marshall continued to serve as Secretary of State for the remainder of Adams' term”. (*Op. cit.*, p. 1)

⁸⁴ Conquanto possa causar estranheza, ao brasileiro, o acúmulo de funções no Judiciário e no Poder Executivo, essa não era uma problemática no direito americano. Como ressalta Carlos Maximiliano: “Nos Estados Unidos um juiz da Corte Suprema pôde exercer cargo publico de caracter executivo; veda-se-lhe apenas a entrada para o Congresso. Jay, sem perder o lugar de presidente do tribunal (*Chief Justice*), foi Secretario de Estado, e tambem ministro plenipotenciario em Londres; Ellsworth era membro da Corte e ministro em França; o grande Marshall, quando presidente (*Chief Justice*), occupou a pasta de maior importancia, a de Secretario de Estado.” (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 604)

⁸⁵ De acordo com Adhemar Ferreira Maciel: “Jefferson, de maneira mordaz, como era seu feitio, apelidou a indicação dos justices of the peace, feita na calada da noite, de *midnight appointment* (PADOVER, 1970, p. 127).” MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, v. 43, n. 172, pp. 37-44, out./dez. 2006, p. 41. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93276>. Acesso em 12/07/2022.

⁸⁶ NOWAK e ROTUNDA, *op. cit.*, pp. 1-2. Conforme suas palavras: “In the last few weeks before Jefferson and the Republicans (sometimes also referred to as Democratic-Republicans or Anti-Federalists) took office, the Federalists sought to maintain some of their power through continued control of an expanded federal judiciary. The Federalists passed the Circuit Court Act, which reduced the number of Supreme Court Justices and eliminated the practice of having the Justices individually hold court in the circuits.” The Act also established sixteen new circuit courts and federal judgeships. President Adams quickly filled these new positions with federalist appointees, who received confirmation only two days before Jefferson was to take office, and who thus came to be known as the “midnight judges.” But it was even later appointments that gave rise to the Marbury litigation.”

⁸⁷ Relata Adhemar Ferreira Maciel que: “Alguns nomeados receberam imediatamente seus títulos de nomeação. Dezesseis outros, porém, ficaram para trás, uma vez que o *secretary of State* (John Marshall) não teve tempo – ainda que tenha varado boa parte da noite – de colocar o *Great Seal of the United States* (equivalente à nossa “Armas da República”) em todos os documentos ou mesmo de entregar os títulos de nomeação já prontos. No dia seguinte, muda o governo, que passa a ser (pela primeira vez) republicano”. MACIEL, *op. cit.*, p. 40.

como revogaram, em lei de 8 de março de 1802, as mudanças promovidas pelos Federalistas na estrutura do judiciário federal pelo *Circuit Court Act*, inclusive extinguindo os cargos criados:

Desnecessário dizer que os Republicanos não ficaram satisfeitos com a perspectiva da posse desses novos juízes Federalistas e tomaram várias medidas para alterar a situação. Primeiro, o Secretário de Estado de Jefferson, James Madison, recusou-se a entregar as comissões restantes para os Juizes de Paz. Em segundo lugar, o Congresso Republicano, após um debate sobre a sabedoria e a constitucionalidade de alterar a estrutura judicial, revogou o *Circuit Court Act* em 1802, eliminando assim essas posições judiciais.⁸⁸

Diante desse cenário, não restou alternativa a William Marbury a não ser acionar o novo Secretário de Estado, James Madison, para compeli-lo a expedir o “diploma” e formalizar sua investidura no cargo. Com fundamento na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, Marbury propôs, então, a ação denominada “*writ of mandamus*”, direcionada diretamente à Suprema Corte americana, buscando o reconhecimento ao seu direito de assumir o cargo. A Suprema Corte, de composição Federalista, via-se diante de um Executivo e Legislativo então dominados pelos adversários Republicanos. O risco de *impeachment* dos juizes (ou ministros) da Corte era absolutamente real.⁸⁹ Era necessário, então, encontrar uma solução jurídica que atendesse à premente necessidade política. Coube então ao próprio John Marshall emitir a decisão (*opinion*) da Suprema Corte.⁹⁰ Subvertendo a ordem lógica de uma decisão judicial, Marshall primeiro abordou questões de mérito, debruçando-se sobre a existência de direito à assunção do cargo e se esse direito havia sido violado. Com isso, assinalou, em primeiro lugar, que:

⁸⁸ NOWAK e ROTUNDA, *op. cit.*, p. 2. No original: “Needless to say, the Republicans were not pleased by the prospect of these new Federalist judges taking office, and they took several steps to alter the situation. First, Jefferson's Secretary of State, James Madison, refused to deliver the remaining commissions for the Justices of the Peace. Second, the Republican Congress, after a debate on the wisdom and constitutionality of altering the judicial structure, repealed the Circuit Court Act in 1802, thus eliminating these judicial positions”.

⁸⁹ Segundo assinala Adhemar Ferreira Maciel: “Com o governo republicano e as duas Casas do Congresso, ambas dispendo de maioria republicana, os juizes da Suprema Corte, de linha federalista, corriam o risco de *impeachment*” (*op. cit.*, p. 40). Informa, ainda, que: “Cerca de um ano depois do julgamento de *Marbury*, os republicanos de Jefferson apresentaram na Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) ‘artigos de *impeachment*’ contra Samuel Chase (1741-1811), federalista militante, membro da Suprema Corte. Fatal seria a condenação de Chase no Senado, não fora acontecimentos políticos de última hora envolvendo republicanos de Jefferson, e se achar na presidência do Senado o vice-presidente da República Aaron Burr (1756-1836), que deu toda oportunidade para a defesa de Chase. A absolvição no Senado se deu por apenas um voto”. A par disso, relata que: “O primeiro juiz federal a sofrer *impeachment* foi John Pickering, em 1804” (Nota de Rodapé nº 13).

⁹⁰ Com efeito, cabe consignar a crítica de Adhemar Ferreira Maciel acerca do problema ético de Marshall participar do julgamento, uma vez que teve direta participação nos fatos que se encontravam *sub judice*, sendo ele mesmo o agente político (Secretário de Estado) que estava encarregado de emitir e enviar os títulos de nomeação. Ressalta o doutrinador que: “A tirada de Marshall, ainda que possa ser condenável sob o ponto de vista da “ética de princípios” (para lembrar Max Weber, 1864-1920), uma vez que ele, como juiz, estava apreciando ato praticado por ele mesmo como administrador, por outro lado, sob a óptica hermenêutica, o dispositivo legal (seção 13 da Lei Orgânica de 1789) levaria, com maior facilidade, a outra interpretação. De qualquer sorte, o lance de John Marshall foi de gênio. É evidente que a “falta de ética” se deu no passado. Hoje isso não seria mais viável. Foi o que ocorreu em *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), ocasião em que Brennan (1906-1997) deu-se por impedido por haver, anos antes, sido advogado da ré (SCOTT, 1985, p. 159).” *Op. cit.*, p. 41.

O Sr. Marbury, então, uma vez que seu título de nomeação (*commission*) foi assinado pelo presidente e afixado o selo (*sealed*) pelo secretário de estado, foi nomeado; e como a lei que criou o cargo dava ao agente o direito de exercê-lo por cinco anos, independentemente do executivo, a nomeação não era revogável; mas investido nos direitos legais do cargo, que são protegidos pelas leis de seu país.

Reter sua nomeação, portanto, é um ato considerado pelo tribunal como não garantido por lei, mas violador de um direito legal adquirido.⁹¹

Em seguida, a segunda questão que dominou os fundamentos decisão consistiu em saber se a legislação conferia ao autor algum remédio diante da violação de seu direito. Concluiu a Corte que havia a existência do direito e que, conseqüentemente, a sua violação garantia ao autor o manejo de ação judicial para proteção desse seu direito. Nas palavras de Marshall:

A conclusão deste raciocínio é que onde os chefes de departamentos são os agentes políticos ou de confiança do Executivo, apenas para executar a vontade do Presidente, ou melhor, para atuar nos casos em que o Executivo possui uma discricionariedade constitucional ou legal, nada pode ser mais perfeitamente claro do que seus atos serem apenas politicamente examinados. Porém, quando um dever específico é atribuído por lei e os direitos individuais dependem do cumprimento desse dever, parece igualmente claro que o indivíduo que se considera lesado tem o direito de recorrer às leis de seu país para buscar um remédio.

(...)

É então a opinião do tribunal,

1º. Que ao assinar o ato de nomeação do Sr. Marbury, o presidente dos Estados Unidos nomeou-o juiz de paz, para o condado de Washington no distrito de Columbia; e que o selo dos Estados Unidos, afixado pelo secretário de Estado, é testemunho conclusivo da veracidade da assinatura, e da conclusão da nomeação; e que a nomeação lhe conferiu um direito legal ao cargo por um período de cinco anos.

2º. Que, tendo este título de nomeação, ele tem um conseqüente direito à investidura no cargo; uma recusa de entrega constitui uma clara violação desse direito, para a qual as leis do seu país lhe permitem o uso de remédio legal.⁹²

⁹¹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *5 U.S. (1 Cranch) 137* (1803). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Acesso em 02/12/2022. No original: “Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the Prefident, and sealed by the secretary of state, was appointed; and as the law creating the office, gave the officer a right to hold for five years, independent of the executive, the appointment was not revocable; but vested in the officer legal rights, which are protected by the laws of his country. To withhold his commission, therefore, is an act deemed by the court not warranted by law, but violative of a vested legal right.”

⁹² Idem. No original: “The conclusion from this reasoning is, that where the heads of departments are the political or confidential agents of the executive, merely to execute the will of the President, or rather to act in cases in which the executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that their acts are only politically examinable. But where a specific duty is assigned by law, and individual rights depend upon the performance of that duty, it seems equally clear that the individual who considers himself injured, has a right to resort to the laws of his country for a remedy.”

‘(...)

‘It is then the opinion of the court,’

‘1st. That by signing the commission of Mr. Marbury, the president of the United States appointed him a justice of peace, for the county of Washington in the district of Columbia; and that the seal of the United States, affixed thereto by the secretary of state, is conclusive testimony of the verity of the signature, and of the completion of the appointment; and that the appointment conferred on him a legal right to the office for the space of five years.

‘2dly. That, having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission; a refusal to deliver which, is a plain violation of that right, for which the laws of his country afford him a remedy”.

Por fim, estabelecido que o autor possuía direito ao seu título de nomeação e que a legislação conferia a garantia do manejo de instrumentos processuais para proteção desse direito, passou a Suprema Corte à terceira e última questão, que, por sua natureza, era preliminar às demais, na medida em dizia respeito à competência do Tribunal para julgar a ação originária proposta por Marbury. Para isso, era necessário decidir se a lei que atribuía essa competência originária à Corte era compatível com a disciplina de suas competências prevista na Constituição. É nesse momento que a decisão adentra a problemática do conflito entre a constituição e as leis aprovadas pelo Legislativo, lançando os argumentos para o poder judicial de rechaçar as leis contrárias à constituição. Cumpre transcrever alguns trechos da decisão que, conquanto não abordem todos os argumentos nela consignados, elucidam os fundamentos que deram ensejo ao poder judicial de controle da constitucionalidade das leis:

A lei que estabelece os tribunais judiciais dos Estados Unidos autoriza a suprema corte “a emitir ordens judiciais mandamentais [*writ of mandamus*], em casos garantidos pelos princípios e usos da lei, a quaisquer tribunais nomeados ou pessoas que ocupem cargos, sob a autoridade dos Estados Unidos.”

(...)

A constituição atribui todo o poder judiciário dos Estados Unidos a uma corte suprema e a tantas cortes inferiores que o congresso deverá, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer. (...)

Na distribuição deste poder, declara-se que “a suprema corte terá jurisdição originária em todas as causas que digam respeito a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que um Estado seja parte. Em todos os outros casos, a suprema corte terá jurisdição recursal.”

(...)

A autoridade, portanto, dada à suprema corte, pela lei que estabelece os tribunais judiciais dos Estados Unidos, para emitir ordens judiciais mandamentais [*writs of mandamus*] a agentes públicos, parece não ser garantida pela constituição; e torna-se necessário indagar se uma jurisdição, assim conferida, pode ser exercida.

A questão de saber se um ato contrário à constituição pode se tornar a lei do país [*law of the land*] é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos; mas, felizmente, não é de uma complexidade proporcional ao seu interesse. Parece apenas necessário reconhecer certos princípios, supostamente há muito tempo bem estabelecidos, para decidir.

(...)

Se um ato do legislativo, contrário à Constituição, for nulo, ele, não obstante sua invalidade, vincula os tribunais e os obriga a dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, posto que não seja lei, constitui uma regra tão operativa como se fosse uma lei? Isso seria derrubar de fato o que foi estabelecido em teoria; e pareceria, à primeira vista, um absurdo grosseiro demais para ser insistido. Deverá, no entanto, receber uma consideração mais atenta.

É enfaticamente da competência e dever do poder judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam o texto normativo a casos particulares devem necessariamente expor e interpretar esse texto normativo. Se duas leis entram em conflito entre si, os tribunais devem decidir sobre a operação de cada uma.

Portanto, se uma lei está em oposição à constituição; se tanto a lei quanto a constituição se aplicam a um caso particular, de modo que o tribunal deve decidir esse caso de acordo com a lei, desconsiderando a constituição; ou conforme a constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deve determinar qual dessas regras conflitantes rege o caso. Isso é da própria essência do dever judicial.

Se então os tribunais devem considerar a constituição; e a constituição é superior a qualquer ato ordinário do legislativo; a constituição, e não um ato ordinário, deve reger o caso em que ambos se aplicam.⁹³

Diante do difícil contexto político, Marshall encontrou, então, uma saída jurídica para um problema político: tendo em vista que a competência originária da Suprema Corte estava prevista diretamente na Constituição, não poderia uma lei ordinária do Congresso ampliar essa competência. Com isso, a Suprema Corte não admitiu a ação proposta e evitou entrar em rota de colisão com o Presidente e a maioria do Congresso. Segundo NOWAK e ROTUNDA:

Embora os Republicanos tenham contestado esta pretensão ao poder [de controle da constitucionalidade], a oposição política não pôde desobedecer ao Tribunal, pois nenhuma das decisões ordenou ao grupo de Jefferson que tomasse quaisquer medidas. Tecnicamente, Jefferson ganhou; ele não tinha ordem para desafiar porque o Tribunal não o ordenou nem ao seu Secretário de Estado que fizesse nada.

Se o Tribunal tivesse chegado a outro resultado no caso, o Congresso dominado pelos Republicanos poderia muito bem ter considerado impichar os Juízes federalistas na Suprema Corte. Em vez disso, Marshall conseguiu estabelecer a reivindicação da autoridade judicial sem tomar medidas que provocassem represálias políticas imediatas. Jefferson ganhou tecnicamente, mas o Tribunal cimentou a teoria de que tem o poder de declarar as leis inconstitucionais.⁹⁴

⁹³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *5 U.S. (1 Cranch)* 137 (1803). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Acesso em 02/12/2022. No original: “The act to establish the judicial courts of the United States authorizes the supreme court “to issue writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.”

(...)

‘The constitution vests the whole judicial power of the United States in one supreme court, and such inferior courts as congress shall, from time to time, ordain and establish. (...)’

‘In the distribution of this power it is declared that “the supreme court shall have original jurisdiction in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be a party. In all other cases, the supreme court shall have appellate jurisdiction.”

(...)

‘The authority, therefore, given to the supreme court, by the act establishing the judicial courts of the United States, to issue writs of mandamus to public officers, appears not to be warranted by the constitution; and it becomes necessary to enquire whether a jurisdiction, so conferred, can be exercised.’

‘The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognise certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it.’

(...)

‘If an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration.’

‘It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.’

‘So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.’

‘If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.’

⁹⁴ NOWAK e ROTUNDA, *op. cit.*, pp. 2-3. No original: “Although the Republicans disputed this claim to power, the political opposition could not disobey the Court, for neither ruling actually ordered the Jeffersonians to take

A perspicácia política de John Marshall ao conseguir, em um só movimento, assentar o poder do controle judicial da constitucionalidade das leis e agradar aos raivosos jeffersonianos, foi tido por ROBERT HOUGHWOUT JACKSON como uma estratégia magistral. Isso porque Jefferson e seus partidários tinham enormes reservas à Corte, então majoritariamente composta por adversários Federalistas, bem como eram contrários à própria ideia de conferir ao poder judiciário – notadamente a uma Suprema Corte dominada por Federalistas – a função de revisão da constitucionalidade da legislação. Nas palavras do autor americano:

A estratégia de dar uma vitória aos jeffersonianos invocando uma doutrina da qual eles eram ferrenhos oponentes foi magistral. Marshall conhecia de política tão bem quanto de lei. Os jeffersonianos não podiam levantar o povo contra a doutrina pela qual haviam vencido a causa. E ele a havia fixado em uma posição mais protegida. Se ele tivesse declarado a doutrina em um caso em que a decisão fosse contra o Sr. Jefferson, há poucas dúvidas de que o presidente teria desafiado a Corte e, naquela época, o povo provavelmente o teria apoiado. Mas Jefferson não poderia desafiar uma decisão a seu favor; ele não poderia problematizar sobre uma teoria jurídica. A supremacia judicial na interpretação constitucional estava tão confortavelmente ancorada em uma vitória jeffersoniana que não poderia ser atacada. Nesse ínterim, a profissão tomou por lei, e passou a fazer parte da tradição da Corte e de nosso hábito constitucional de pensamento.⁹⁵

Nessa mesma linha de intelecção, ADHEMAR FERREIRA MACIEL também defende que a decisão foi fruto da engenhosidade jurídica e política de Marshall, que buscava solucionar o caso sem contrariar os interesses do governo dominado pelos adversários políticos. Assim, conhecedor da teoria e dos precedentes que abordavam o tema do poder judicial de controle da constitucionalidade das leis, bastou fazer consignar na decisão o respectivo fundamento lógico:

any actions. Technically, Jefferson won; he had no order to defy because the Court did not order him or his Secretary of State to do anything.’ Sobre o tema, ver ainda: STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 3, pp. 193-212, set./dez. 2016.

‘Had the Court reached another result in the case, the Republican Congress might well have considered impeaching the federalista Justices on the Supreme Court. Instead, Marshall was able to establish the claim to judicial authority without taking actions that would provoke immediate political reprisals. Jefferson technically won, but the Court cemented the theory that it has the power to declare laws unconstitutional’.

⁹⁵ JACKSON, Robert H. *The Struggle for Judicial Supremacy*. New York: Alfred A. Knopf Inc., 1941, p. 27. *Apud* BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª edição – atualizada por José Aguiar Dias, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, pp. 14-15, nota de rodapé nº 15. No original: “The strategy of giving the Jeffersonians a victory by invoking a doctrine of which they were the bitter opponents was masterly. Marshall knew his politics as well as his law. The Jeffersonians could not well arouse the people against the doctrine by which they had won their case. And he had fixed it in a most sheltered position. Had he declared the doctrine in a case where the decision went against Mr. Jefferson, there is little doubt that the President would have defied the Court and at that time the people would probably have sustained him. But Jefferson could not defy a decision in his favor; he could make no issue over a legal theory. Judicial supremacy in constitutional interpretation was so snugly anchored in a Jeffersonian victory that it could not well be attacked. Meanwhile, the profession took it to be the law, and it became a part of the tradition of the Court and of our constitutional habit of thought”.

Desse modo, quando do julgamento do histórico *Marbury*, John Marshall já tinha na cabeça a teoria e os precedentes. Faltava armar o silogismo. A grande dificuldade de Marshall estava exatamente em “resolver o caso concreto sem incorrer em impeachment”, pois o presidente da República (Jefferson), seu inimigo rancoroso, tinha consigo um Congresso com maioria antifederalista. É aí, então, que assoma toda a sagacidade de John Marshall.⁹⁶

Assim sendo, diante de todo o histórico do desenvolvimento do pensamento constitucional americano sobre a supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, defende MAURO CAPPELLETTI que a decisão da Suprema Corte não pode ser tida com ato de mero improviso, sendo, em verdade, fruto de amadurecimento e sedimentação de séculos de história jurídica que lhe antecederam:

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, uma ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal.⁹⁷

Com efeito, ultrapassa o escopo do presente trabalho discorrer sobre as críticas comumente feitas à decisão. Assim, sobre esse tema, remetemos à leitura das obras de CHARLES BEARD⁹⁸ e de NOWAK e ROTUNDA.⁹⁹ A decisão, com efeito, vem desde sempre despertando controvérsias sobre a legitimidade constitucional dessa atividade, a partir de visões que vão desde que a defesa de uma clara autorização constitucional, até aos que vislumbram tratar-se não mais do que mera usurpação de competências por parte da Suprema Corte. Sobre o tema, assinala EDWARD SAMUEL CORWIN:

Qual é o exato fundamento jurídico do poder da Suprema Corte de julgar a constitucionalidade de atos do Congresso? A literatura recente sobre o assunto revela uma variedade considerável de opiniões. Há radicais que sustentam que o poder deve sua existência a um ato de pura usurpação da própria Suprema Corte, na decisão de *Marbury v. Madison*. Há conservadores que apontam para cláusulas da Constituição que – garantem-nos – conferem especificamente esse poder. Há doutrinadores que se recusam a voltar além de *Marbury v. Madison*, estando contentes com a ratificação – eles afirmam – que eventos subsequentes deram à doutrina oriunda dessa decisão. Há historiadores que mostram que porção considerável dos membros do corpo que elaborou a Constituição estão registrados como tendo pessoalmente favorecido o controle judicial de constitucionalidade em um momento ou outro, seja antes, durante ou depois da Convenção. Finalmente, há outros historiadores que representam o controle judicial de constitucionalidade como o resultado natural de ideias que eram de conhecimento geral no período em que a Constituição foi estabelecida. Acho que essas duas últimas visões são corretas o suficiente, mas com o resultado de revelar alguns problemas mais fundamentais. Pois a questão não é o que os autores da Constituição esperavam ou desejavam com referência ao controle judicial de

⁹⁶ MACIEL, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁷ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁸ BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

⁹⁹ *Op. cit.*, pp. 6-10.

constitucionalidade, mas o que eles fizeram com referência a ela; e antes que as ideias contemporâneas à elaboração da Constituição possam ser consideradas como fornecendo o fundamento jurídico do controle judicial, deve-se mostrar que elas foram, pelo entendimento contemporâneo, incorporadas à Constituição para esse fim e que eram logicamente suficientes para isso.¹⁰⁰

De qualquer modo, tem-se que a partir dessa celebrada decisão da Suprema Corte, restou sedimentado no direito americano o *judicial review of the legislation*, admitindo-se a ampla e irrestrita sindicabilidade dos atos normativos e atribuindo-se ao Poder Judiciário a sensível tarefa de controle dos atos emanados dos demais Poderes. Desse modo, asseveram NOWAK e ROTUNDA que o poder judicial de fiscalização da constitucionalidade das leis se apoia em três bases:

O controle judicial da constitucionalidade assenta-se, realmente, em três bases distintas: (1) que a Constituição vincula todas as partes do governo federal, (2) que o seu cumprimento pode ser compelido pela Corte por meio ações propostas perante ela, e (3) que o poder judicial é encarregado de interpretar a Constituição de modo a que as suas decisões sejam vinculativas para todos os outros órgãos do governo.

A decisão em “Marbury” procura estabelecer os dois primeiros destes princípios e apenas implica a existência do terceiro. Os dois primeiros princípios são, de facto, tanto histórica como logicamente mais fáceis de provar do que o terceiro. Mas, se for possível argumentar convincentemente que a Constituição é verdadeiramente uma lei vinculativa, capaz de ser compreendida e interpretada como são outras leis, então a pretensão de superioridade judicial como intérprete final torna-se mais forte.¹⁰¹

¹⁰⁰ CORWIN, Edward Samuel. *The doctrine of judicial review: its legal and historical basis and other essays*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2014, p. 3. Obra originalmente publicada pela Princeton University Press em 1914. No original: “What is the *exact legal basis* of the power of the Supreme Court to pass upon the constitutionality of acts of Congress? Recent literature on the subject reveals a considerable variety of opinion. There are radicals who hold that the power owes its existence to an act of sheer usurpation by the Supreme Court itself, in the decision of *Marbury v. Madison*. There are conservatives who point to clauses of the Constitution which, they assure us, specifically confer the power. There are legal writers who refuse to go back of *Marbury v. Madison*, content in the ratification which, they assert, subsequent events have given the doctrine of that decision. There are historical writers who show that a considerable portion of the membership of the body that framed the Constitution are on record as having personally favored judicial review at one time or another, either before, during, or after the Convention. Finally, there are other historical writers who represent judicial review as the natural outgrowth of ideas that were common property in the period when the Constitution was established. Both these last views I find to be in themselves correct enough, but with the result of disclosing some more fundamental problems. For the question is not, what did the framers of the Constitution hope or desire with reference to judicial review, but what did they do with reference to it; and before ideas contemporary with the framing of the Constitution can be regarded as furnishing the legal basis of judicial review, it must be shown that they were, by contemporary understanding, incorporated in the Constitution for that purpose and that they were logically sufficient for it”.

¹⁰¹ NOWAK e ROTUNDA, *op. cit.*, pp. 8-9. No original: “Judicial review really rests upon three separate bases: (1) that the Constitution binds all parts of the federal government, (2) that it is enforceable by the Court in actions before it, and (3) that the judiciary is charged with interpreting the Constitution so that its rulings are binding on all other departments of the government.”

Marbury seeks to establish the first two of these principles and only implies the existence of the third. The first two principles are, in fact, both historically and logically easier to prove than the third. But if a convincing case can be made that the Constitution is truly a binding law that is capable of being understood and interpreted as are other laws, then the claim to judicial superiority as the final interpreter becomes stronger”.

Conforme ressaltam ELENA MALFATTI, SAULLE PANIZZA e ROBERTO ROMBOLI, tem-se que o poder judicial de controle da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo é mera consequência lógica da escolha que se impõe ao juiz quando da confrontação entre o texto da Constituição e o texto da lei: a aplicação de um resultará no afastamento do outro. Se a constituição for, de fato, hierarquicamente superior à lei aprovada pelo Legislativo, surge para o juiz o dever de protegê-la, garantindo sua prevalência sobre os atos que lhe são inferiores. Assim, é justamente da interpretação que decorre o poder de cada juiz de fiscalizar a validade constitucional das leis aplicáveis ao caso. Isso porque a aplicação dessas leis não pode ser feita de forma dissociada da avaliação de sua própria fidelidade ao Texto Constitucional. Essa linha de raciocínio passa a admitir, então, que todo juiz está imbuído dessa missão de prévio exame da constitucionalidade da lei aplicável ao caso concreto que lhe é submetido, impactando diretamente a solução do caso na medida em que o reconhecimento da invalidade do ato normativo imporá ao julgador o dever de negar-lhe aplicação, resultando no seu afastamento no caso. No sistema americano do *common law*, cumpre ressaltar, essa decisão ganha relevo no sistema de *stare decisis* na medida em que o precedente passa a influenciar o julgamento de outras causas semelhantes. Nos termos da lição dos autores italianos:

A conclusão é o corolário lógico deste raciocínio: o juiz que tem que escolher entre a aplicação da lei com consequente desaprovação da constituição e a aplicação da constituição com consequente desaprovação da primeira, só pode escolher o último caminho, que é o único compatível com os princípios estabelecidos.

(...)

É por meio da interpretação que se afirma a existência de um poder do juiz de controlar a constitucionalidade das leis; isso não diminui sua importância, mas exalta seu valor como um princípio que informa a atividade institucional de cada órgão judiciário – no interior do qual a aplicação de normas a determinado caso não pode ser separada da avaliação da legitimidade constitucional das próprias normas – e dá fundamento ao caráter “difuso” da *judicial review of legislation*: o enunciado contido em *Marbury v. Madison* (mais tarde estendido à possibilidade de controle das leis dos estados-membros da Federação com a decisão em *McCulloch v. Maryland*, em 1819) é, de fato, dotado de uma formidável capacidade expansiva, habilitando cada juiz federal e estadual a exercer o controle, desvinculado das peculiares competências da Suprema Corte e, em vez disso, coessencial e intimamente interpenetrado com as tarefas de qualquer um dos tribunais, aquelas já existentes e aquelas que mais tarde seriam instituídas pelo Congresso. O efeito de uma eventual avaliação em termos de nulidade da lei afeta imediatamente o destino do caso em que surgiu a dúvida de constitucionalidade – no sentido de que o juiz deverá necessariamente deixar de aplicar a lei em relação ao caso – e pode também afetar retroativamente outras relações jurídicas controversas, dentro, porém, dos limites do princípio do *stare decisis* e, portanto, dentro dos limites do caráter persuasivo que o precedente judicial possui no sistema norte-americano.¹⁰²

¹⁰² MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saulle, e ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 7ª edizione, Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 3. No original: “La conclusione è il logico corollario di questo ragionamento: il giudice che si trovi a dover scegliere tra l’applicazione della legge con conseguente disapplicazione della costituzione e l’applicazione di quest’ultima con conseguente disapplicazione della prima, può scegliere soltanto la seconda strada, che è l’unica compatibile con i principi enunciati.”

(...)

Estabelecido, assim, que o sistema americano outorga o poder de controle de constitucionalidade das leis a todos os juízes e tribunais, cumpre verificar o modo pelo qual esse controle é exercido, isto é, o aspecto “modal” do modelo americano de controle. Vale dizer: trata-se de saber como o juiz exercerá o controle da constitucionalidade. Como é consabido, o modelo americano adotou o controle incidental, em que o exame da legitimidade constitucional de determinada norma é feito a partir do julgamento de um caso concreto, isto é, de um processo comum, em que as partes em litígio disputam algum bem da vida e que, para a prolação da decisão, torna-se relevante saber se a lei aplicável é ou não compatível com a Constituição. Significa dizer que o exame acerca da constitucionalidade da lei aplicável passa a ser uma questão prévia decisiva para avaliar se a pretensão do autor ao bem da vida em disputa possui algum mérito. Logo, a avaliação da legitimidade constitucional da lei aplicável é antecedente à avaliação do mérito da demanda proposta.

A adoção do modo de controle puramente incidental, como é o caso americano, afasta a possibilidade de ajuizamento de ações que tenham por único escopo o mero reconhecimento em abstrato da inconstitucionalidade de determinada norma legal. Com isso, o autor da ação não pode formular pedido para que o juiz declare a inconstitucionalidade de determinada norma em caráter abstrato, desatrelado de um caso concreto que represente uma relação processual caracterizada por interesses e pretensões contrapostos. Ainda, dado o caráter meramente incidental da questão de legitimidade constitucional da norma aplicável ao caso concreto, tem-se que normalmente a competência para sua decisão caberá ao mesmo órgão judicial que decidirá o mérito, não dando ensejo a procedimentos especiais para o seu exame. Sobre o tema, conforme salienta MAURO CAPPELLETTI:

Com tal terminologia se deve entender que, nos Estados Unidos da América e, semelhantemente, naqueles outros Países em que vige um sistema análogo – como no Canadá, no Japão, na Noruega, na Dinamarca, agora também na Suécia, e, com certos

È per via di interpretazione che viene affermata quindi l'esistenza di un potere del giudice di controllare la costituzionalità delle leggi; ciò non ne sminuisce l'importanza, ma anzi ne esalta la valenza di principio informatore l'attività istituzionale di ciascun organo della giurisdizione – all'interno della quale l'applicazione delle norme ai casi di specie non può essere disgiunta dalla valutazione della legittimità costituzionale delle norme medesime – e dà fondamento al carattere “diffuso” del *judicial review of legislation*: l'enunciazione contenuta in *Marbury v. Madison* (poi estesa alla sindacabilità delle leggi degli Stati membri della Federazione con la decisione *McCulloch v. Maryland*, nel 1819) è dotata infatti di una formidabile capacità espansiva, abilitando ogni giudice federale e statale a esercitare il controllo, slegato esso com'è dalle competenze peculiari della Corte Suprema e viceversa coesistente e intimamente compenetrato ai compiti di una qualsiasi delle *courts*, quelle già esistenti e quelle che sarebbero poi state istituite dal Congresso. L'effetto di una eventuale valutazione nei termini di nullità della legge si riversa immediatamente sulla sorte del giudizio nel corso del quale il dubbio di costituzionalità è sorto – nel senso che il giudice dovrà necessariamente disapplicare la legge con riferimento al caso di specie – e può altresì retroagire, influendo così su altri rapporti giuridici controversi, nei limiti però del principio *stare decisis*, e quindi nei limiti del carattere persuasivo che il precedente giudiziario possiede nel sistema statunitense”.

limites a seu tempo precisados, na Suíça – as questões de constitucionalidade das leis não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários “em via principal”, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*, com adequada ação. Ditas questões podem ser arguidas apenas *incidenter*, isto é, no curso e por ocasião de um “case or controversy”, ou seja, de um concreto processo “comum” (civil ou penal ou de outra natureza) e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja *relevante* para a decisão do caso concreto. Deve-se entender, ainda, com aquela terminologia, que competente para decidir o caso concreto em cujo seio a questão de legitimidade constitucional das leis será, em geral, automaticamente aquele mesmo órgão judiciário que é competente para decidir o caso concreto em cujo seio a questão de constitucionalidade tenha nascido. Deste modo, as questões de legitimidade constitucional das leis, como não são decididas por Cortes especiais Constitucionais, assim, normalmente, não dão lugar nunca nem mesmo a especiais procedimentos constitucionais.¹⁰³

É preciso restar sedimentado, destarte, a imprescindibilidade da existência de um caso concreto em que haja um efetivo litígio – uma real pretensão que seja efetivamente resistida –, uma controvérsia que coloque as partes em contraposição, em antagonismo acerca de determinado bem da vida. Esse bem da vida pode ser o pagamento de aluguéis, de tributos ou de direitos trabalhistas, o cumprimento de contratos, a punição por cometimento de ilícito civil, administrativo ou criminal, a legitimidade de procedimento investigatório ou de persecução penal etc. Em todos esses casos, as partes contrárias estabelecerão uma relação processual controvertida e o controle de constitucionalidade da norma aplicável será feito apenas de forma incidental, como questão prévia à análise do mérito, e tão-somente se for relevante para o desfecho do caso. Sobre a necessidade do caso concreto, cumpre trazer novamente a lição de MAURO CAPPELLETTI:

Insiste, de fato, em seu recente escrito, já lembrado, o Professor [Paul] Kauper em que, no sistema norte-americano, nunca as “constitutional questions” podem ser levadas perante as Cortes e ser decididas por estas se não “in so far as they are issues relevant to the disposition of a concrete case or controversy”, com a consequência de que “the courts will not decide abstract questions of constitutional power. Such questions of governmental power are regarded as ‘non-justiciable’ or ‘political’ questions”.¹⁰⁴

A rigidez dessa exigência do “*concrete case or controversy*” acabou por levar advogados americanos a criarem demandas fictícias como forma de submeter o questionamento da constitucionalidade de determinada lei ao crivo dos tribunais. Assim, conforme relata C. A. LÚCIO BITTENCOURT, eram comuns as denominadas “demandas do acionista”, por meio das quais um acionista de determinada companhia dava início a processo judicial contra os representantes legais e funcionários desta sob o falso pretexto de impedi-los de, ao darem cumprimento a determinada lei que esse acionista reputa inconstitucional, praticarem atos

¹⁰³ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 112.

lesivos à pessoa jurídica. Tratava-se de um expediente simulado tendo por escopo evitar que a pessoa jurídica fosse obrigada a cumprir determinada lei tida como danosa aos seus interesses.¹⁰⁵

Sem prejuízo dessa constatação com relação aos aspectos formais do modelo americano, C. A. LÚCIO BITTENCOURT e GILMAR FERREIRA MENDES destacam que houve um abrandamento da rigidez do modelo americano para acolher a possibilidade de ações declaratórias colimando questionar a constitucionalidade de leis como meio de superar a rigidez da exigência do contraditório. Destaca Bittencourt que em *Nashville C and St. Louis Railway v. Wallace* (228 U.S. 249), a Suprema Corte admitiu recurso em processo envolvendo ação declaratória fundada na lei processual do Estado do Tennessee, assentando que a exigência constitucional do *case or controversy* não impõe que a sua apresentação se dê apenas nas formas processuais tradicionais, não havendo uma previsão limitadora sobre a forma de provocação do judiciário. Isso, contudo, não quer dizer que seria admitido o cabimento de qualquer ação meramente declaratória, tendo sido ressalvada a necessidade de “existência efetiva de um processo contraditório, envolvendo uma controvérsia *real* e não simplesmente *hipotética*”.¹⁰⁶

Assim, a admissão de ações declaratórias não significava – é mister que se diga – a abertura do sistema americano para o controle abstrato de normas. Remanesce o requisito do indispensável do “*case or controversy*”. A ação declaratória se presta, como regra, às pretensões de reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica, diferenciando-se das ações constitutivas ou condenatórias. Logo, mesmo com a admissão de ações declaratórias, o sistema americano seguiu tendo um controle concreto e incidental de constitucionalidade. Na lição de MENDES:

É evidente que a ação declaratória não se confunde com a *actio popularis*, que, segundo Kelsen, configuraria o instrumento mais adequado ao exercício do controle de constitucionalidade. Dessarte, embora possa imprimir maior flexibilidade ao sistema, a adoção da ação declaratória como técnica de controle de constitucionalidade não se confunde com as formas de controle direto ou em via principal. Indispensável se afigura a caracterização de um *case or controversy* hábil a ser deslindado judicialmente.

Vê-se, pois, que inexistente no sistema americano uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes. E, ainda que se admita a intervenção de determinadas autoridades no processo, ou que se reconheça a sua legitimidade para encaminhar ao Tribunal o chamado *amicus curiae brief*, através do qual expõem aos juízes a sua opinião sobre a questão constitucional, esta faculdade parece traduzir, tão-somente, uma posição de terceiro interessado.¹⁰⁷

¹⁰⁵ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª edição – atualizada por José Aguiar Dias, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 24.

¹⁰⁶ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 129.

Deve-se destacar, outrossim, que o modelo de controle judicial difuso e incidental desenvolvido no Direito americano não demanda qualquer procedimento especial para ser exercido. Justamente por sua natureza incidental, a questão de inconstitucionalidade pode nascer em processos judiciais de qualquer natureza. Desse modo, não há se falar em ações ou procedimentos especiais ou legitimados específicos para suscitar o questionamento sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato do poder público. É um equívoco, portanto, procurar associar o modelo difuso e incidental a determinados procedimentos judiciais. Mais uma vez na senda do escólio de MAURO CAPPELLETTI:

Um constitucionalista norte-americano, corretamente, sublinhou que é um erro tradicional o de ir à procura de um ou outro procedimento especial, como, por exemplo, o *writ of habeas corpus* ou, ainda, o *writ of error* ou o *writ of certiorari*, para servir de base à *judicial review of legislation* do sistema norte-americano: ao contrário, a “regra fundamental” daquele sistema é que não existe qualquer tipo especial de procedimento – assim como não existe um órgão especial competente – para as questões constitucionais, as quais “se deciden según surgen em cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos em cuestión, o de los recursos que se promueven”.¹⁰⁸

Sem prejuízo do caráter incidental do *judicial review* americano, não se descuida que o exame da questão de inconstitucionalidade pode dar ensejo à possibilidade de intervenção de terceiros estranhos à lide. Admite-se, assim, que terceiros não vinculados ao litígio, mas interessadas especificamente na questão constitucional que dele surge, possam vir a se manifestar no processo para auxiliar o Poder Judiciário a decidir sobre o tema. Ainda assim, essa intervenção de terceiros, aos quais se atribui a denominação de *amicus curiae*, que se dá, ordinariamente, por meio de manifestações escritas ou orais, embora revelem uma transcendência do impacto da questão constitucional, não transmudam a natureza do processo em que se coloca o caso concreto e nem dão ensejo a procedimentos especiais. Nas palavras de MAURO CAPPELLETTI:

Elas [questões constitucionais], na verdade, dão lugar apenas a meros “incidentes” no âmbito dos processos comuns e ainda que, às vezes, com a possibilidade, para certas autoridades federais e estaduais, de intervir no processo ou de dirigir ao tribunal aquilo que, muito expressivamente, é chamado o *amicus curiae brief*, ou seja, exposição escrita em que estas autoridades, não com veste de verdadeiras partes, mas de simples terceiros interessados em facilitar a tarefa dos juízes, manifestam ao tribunal sua opinião sobre a questão de constitucionalidade surgida no caso concreto.¹⁰⁹

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 103.

Cumpra consignar, ainda, em relação ao modelo americano de controle de constitucionalidade, o relevante aspecto relativo aos efeitos dos pronunciamentos judiciais sobre a constitucionalidade de normas. O primeiro ponto a ser abordado é que, no sistema americano, a lei inconstitucional é tida como nula e írrita (*null and void*). Desse modo, a decisão judicial de inconstitucionalidade não *torna* a lei inválida, mas apenas reconhece a sua prévia invalidade. Assinala MAURO CAPPELLETTI que, no sistema americano:

“(...) segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (“null and void”) e, por isto, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade* da lei inconstitucional”.¹¹⁰

É mister pontuar, sobre isso, que o poder, no sistema americano, de reconhecer a nulidade da lei e de afastar a sua incidência no caso concreto não significa atribuir ao judiciário a capacidade de revogar a lei inconstitucional. Vale dizer: ao reconhecer a invalidade de determinada lei ou ato normativo, o poder judiciário não profere decisão de anulação no sentido de retirá-los da ordem jurídica, à semelhança do poder do legislativo de revogar a lei ou ato. O judiciário não tem poder (competência) para excluir a lei inválida do sistema, resumindo-se apenas a afastar a sua incidência no caso concreto. Assim, a lei inconstitucional continua existindo, apenas deixando de ser aplicada.¹¹¹ Sem embargo, tendo em vista o princípio do *stare decisis*, a decisão de inconstitucionalidade acaba por produzir efeitos mais amplos, com efeito semelhante ao de uma anulação. Conforme MAURO CAPPELLETTI:

Mas eis, ao invés, que, mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela “mera não aplicação”, limitada ao caso concreto e não vinculatória para outros juízes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira *anulação da lei*, além disso, com efeito, em geral, retroativo.¹¹²

Outro aspecto relevante do controle judicial difuso é que, como sói ocorrer nos processos que envolvem litígios individuais, os efeitos das decisões restringem-se apenas às partes envolvidas na lide, de modo que, como regra, a decisão não afeta terceiros. Assim, ao decidir a questão incidental de inconstitucionalidade, o julgador apenas deixa de aplicar a norma ao caso concreto *sub judice*, sem que isso afete outros casos semelhantes ou tenha qualquer efeito sobre a vigência da norma reputada inconstitucional. O risco desse modelo reside

¹¹⁰ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 115-116.

¹¹¹ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 23.

¹¹² CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 82.

justamente na insegurança causada pela possibilidade de prolação de diversas decisões judiciais conflitantes, que divirjam sobre a constitucionalidade da mesma norma incidente nos diversos casos. Isso resultaria em perigo para o próprio sistema jurídico, em que o mesmo ato normativo estaria vigente para uns e não para outros, ao passo que a constituição apenas protegeria alguns, não se estendendo a outros, de forma que pessoas em semelhantes condições seriam submetidas a tratamentos diversos, em afronta à noção de aplicação isonômica das normas jurídicas.

No *judicial review* americano, envolto pelo sistema do *common law*, pautado pela noção de precedentes vinculantes (*stare decisis*), esse risco passa a ser atenuado por instrumentos de ampliação dos efeitos das decisões dos órgãos de cúpula do poder judiciário. Isso porque, conforme destaca KARL LOEWENSTEIN: “É irrelevante que a Suprema Corte deixe de declarar a lei formalmente inválida; a sua inaplicabilidade no caso em apreço significa a sua suspensão definitiva de acordo com a regra do *stare decisis*”.¹¹³ Assim sendo, a decisão da Suprema Corte sobre determinada questão constitucional reverbera por todo o poder judiciário americano, no plano federal ou estadual, possibilitando a eficaz uniformização da jurisprudência sobre o tema. A relevância desses mecanismos de amplificação dos efeitos da decisão do órgão judicial de cúpula é ressaltada por MAURO CAPPELLETTI nos seguintes termos:

Em todos esses sistemas, de fato, a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a *não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto*; pelo que o controle judicial da constitucionalidade das leis não tem, como na Áustria, eficácia geral, *erga omnes*, mas só eficácia especial, *inter partes*, isto é, limitada ao caso concreto (“Individualwirkung”) – embora seja verdadeiro que esta característica é, depois, em boa parte, eliminada nos Estados Unidos (especialmente quando se trata de controle exercido pela *Supreme Court*), por força do princípio do *stare decisis*, e é, se não eliminada, pelo menos, atenuada, no México, por causa do estreito vínculo à “jurisprudencia” da *Suprema Corte de Justicia*, bem como do instituto da *suplencia de la queja deficiente*, introduzido em 1951.¹¹⁴

De modo a resumir os princípios (ou características básicas) que norteiam o modelo americano de controle judicial difuso da constitucionalidade das leis, ALFREDO BUZAID propõe a seguinte esquematização:

- a) O tribunal não se pronunciará sobre a constitucionalidade de uma lei, salvo em litígio regularmente submetido ao seu conhecimento.
- b) nenhum tribunal se manifestará sobre a validade de uma lei, senão quando isso fôr absolutamente necessário para a decisão do caso concreto;

¹¹³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª edição – 4ª reimpressão, Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 312. Na tradução espanhola: “Carece de importancia que la *Supreme Court* prescinda de declarar la ley formalmente nula; su inaplicabilidad en el caso en litigio significa su suspensión definitiva según la regla del *stare decisis*.”

¹¹⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 118-119.

c) a declaração de inconstitucionalidade importa nulidade da lei, não no sentido de *revogá-la*, o que constitui função do poder legislativo, mas no sentido de lhe negar aplicação no caso concreto.

d) o exame sobre a inconstitucionalidade representa *questão prejudicial*, não a *questão principal* debatida na causa; por isso o juiz não a decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ela não figura nunca como objeto do processo e dispositivo da sentença; e

e) o tribunal só conhecerá da alegação de inconstitucionalidade, quando ela emanar de pessoa, cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei.¹¹⁵

Vistas essas características do modelo americano, essenciais para a compreensão desse modelo de controle de constitucionalidade, assinale-se que, tão relevante quanto é o conhecimento da doutrina dos limites do *judicial review*, que fornece fundamentais balizas para delimitar os contornos desse modelo. Segundo destaca KARL LOEWENSTEIN:

No entanto, deve-se assinalar – e aqui reside outra peculiaridade essencial do sistema americano de controlo judicial – que a Suprema Corte, no exercício do seu controle político, impôs a si próprio certas restrições que, no seu conjunto, tendem a moderar o que, de outro modo, conduziria a uma supremacia judicial absoluta: a intervenção dos tribunais é limitada a “casos” e “litígios” autênticos, por oposição a opiniões legais e juízos antecipados in abstracto (controlo abstracto de normas). Há também o princípio de que a vontade do Congresso deve ser respeitada, desde que não viole claramente a Constituição tal como interpretada pela Suprema Corte. Finalmente, os tribunais – e isto é extremamente importante do ponto de vista do controle interorgânico – recusam-se a tratar das chamadas “questões políticas”, e é precisamente nelas que reside muitas vezes a decisão fundamental do processo político.¹¹⁶

Assim sendo, em breve síntese, tem-se que os limites ao poder de *judicial review* são de duas ordens: jurídica e política. A limitação jurídica encontra o seu primeiro fundamento na 11ª Emenda, que estabelece a imunidade dos Estados à jurisdição do Poder Judiciário Federal. A referida Emenda Constitucional é resultado de um movimento de *backlash* a partir da decisão da Suprema Corte em *Chishalm v. Georgia*, de 1793. Cumpre destacar que a imunidade de jurisdição prevista na Décima Primeira Emenda não abrange os casos em que: i) digam respeito a governo local (município ou condado); ii) haja consentimento do próprio Estado, que pode renunciar à imunidade no caso; iii) o réu não seja o Estado, mas agentes públicos estaduais, conforme restou sedimentado pela doutrina do “*ex parte Young*” (doutrina que teve o êxito de

¹¹⁵ BUZAID, *op. cit.*, pp. 22-24.

¹¹⁶ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 313. Na tradução espanhola: “Sin embargo, hay que señalar -- y aquí yace otra singularidad esencial del sistema americano del control judicial -- que la Supreme Court, en el ejercicio de su control político, se ha impuesto ciertas restricciones que, consideradas en su totalidad, tienden a atenuar lo que de otra manera conduciría a la absoluta supremacía judicial: la intervención de los tribunales se limita a aquellos “casos” y “litigios” auténticos, a diferencia de los dictámenes jurídicos y sentencias anticipadas in abstracto (control abstracto de las normas). También rige el principio de que la voluntad del Congreso debe ser respetada siempre y cuando no viole claramente la Constitución, tal como es interpretada por la Supreme Court. Finalmente, los tribunales -- y esto es extremadamente importante desde el punto de vista de los controles interórgano -- rehúsan tratar las llamadas “cuestiones políticas” (political questions), y justamente en éstas yace frecuentemente la decisión fundamental en el proceso político.”

impor a observância da constituição federal aos Estados mais recalcitrantes); e iv) versem sobre a aplicação das 13ª, 14ª e 15ª Emendas, que conferiram poderes de legislação ao Congresso Americano, ao passo que previram limites à ação dos Estados.¹¹⁷

O segundo fundamento jurídico de limitação do *judicial review*, conforme visto, reside na cláusula constitucional do “*case or controversy*” contida no Artigo III da Constituição americana. A referida cláusula impõe a existência efetiva de um litígio, que seja caracterizado pela presença de partes adversárias e contexto apto a ser resolvido judicialmente, atentando-se para a circunstância de que essa resolução não deverá violar a separação de poderes. Significa dizer que o Poder Judiciário não concede consultas (*advisory opinions*) sobre questões constitucionais, ainda que se trate de questões vitais e/ou que a consulta seja solicitada pelo Presidente ou pelo Congresso. Há a efetiva necessidade de interesses contrapostos que caracterizem real controvérsia (*flesh and blood controversies*), em verdadeiro compromisso com o *adversarial system*.

Esse apego ao caso concreto e à efetiva existência do litígio tem um papel fundamental no exercício do *judicial review*. Isso porque o a controvérsia estabelecida em juízo serve como limite e temperamento do poder dos Tribunais de gerar novas doutrinas constitucionais. É o próprio caso concreto que apresenta os limites de atuação do Poder Judiciário e até que ponto pode avançar no exercício do seu poder jurisdicional de interpretação da constituição e das leis. Com isso, a exigência do litígio presta-se, em última análise, a salvaguardar a própria separação dos Poderes.

Sem embargo, cabe reconhecer que esse sistema acaba por conter algumas desvantagens, consistente no impedimento para o exercício da jurisdição em casos de inconstitucionalidade e na circunstância de os danos causados pelo ato inconstitucional persistirem enquanto não vier a surgir um litígio, bem como na possibilidade de não virem a ser totalmente revertidos.¹¹⁸

Com relação aos limites políticos, pontua-se que o Poder Judiciário não deverá decidir uma questão de cariz constitucional a menos que seja absolutamente necessário. Assim sendo, busca-se fundamentar as decisões judiciais em bases alternativas não-constitucionais ou trilha-se o caminho de interpretação da lei de forma a evitar o problema constitucional. Em segundo lugar, tem-se a presunção de constitucionalidade das leis, sendo ônus da parte demonstrar a sua invalidade. Em terceiro lugar, há um compromisso do Poder Judiciário com um comportamento de autocontenção (*prudential considerations*).

¹¹⁷ BARRON, Jerome A., e DIENES, C. Thomas. *Constitutional law* (in a nutshell). 6th edition, Saint Paul (MN): West Publishing Co. (Thomson), 2005, pp. 18-24.

¹¹⁸ BARRON e DIENES, *op. cit.*, pp. 24-25.

1.3. O RECHAÇO AO CONTROLE JURISDICIONAL NO CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS

Deveras, não se pode descuidar que o constitucionalismo de matriz europeia não se desenvolveu nos mesmos moldes daquele que firmaria raízes em terras inglesas no Século XIII e que floresceria no continente norte-americano no decorrer dos Séculos XVIII e XIX. O constitucionalismo americano, sem embargo da busca de distanciamento do modelo inglês de governo e da inspiração em filósofos contratualistas, nunca abdicou absolutamente das bases fornecidas pelo direito inglês.

Conforme lição de DIETER GRIMM, o surgimento da constituição – em seu sentido estrito de documento normativo –, enquanto duradoura conquista das revoluções oitocentistas, deve-se, sobretudo, a duas circunstâncias. A primeira diz respeito ao descontentamento, tanto de americanos quanto franceses, não apenas com a figura do governante, mas com o próprio sistema político. Contudo, esse sentimento de americanos e franceses se diferenciava substancialmente em relação ao grau. Diferentemente do rei francês, o monarca inglês não era absoluto, tendo o Parlamento inglês proeminência no sistema político inglês. Acresça-se a isso o estágio de desenvolvimento econômico inglês, tornando permeáveis as barreiras entre classes sociais e derrubando traços e amarras do antigo regime feudal e das guildas (associações profissionais existentes na Baixa Idade Média). Consequentemente, consigna GRIMM:

Na época, a Inglaterra era considerada a nação mais livre do mundo e mesmo resquícios da antiga ordem não haviam chegado às colônias americanas. Nessas circunstâncias, os colonos não estavam preocupados com leis melhores, mas com maior segurança de seus direitos, o que o Parlamento lhes havia negado sem o seu consentimento. Foi essa recusa da pátria original que os levou a emitir uma Declaração de Independência.¹¹⁹

Diferentemente, a França convivia com um forte absolutismo e com o fracasso na tentativa de modernização do sistema econômico. Tratava-se um país ainda preso ao modelo feudal, que, quanto mais perdia sua justificativa de permanência, mais era objeto de defesa por vozes que se levantavam contra sua dissolução. Além disso, viu-se o surgimento de uma nova burguesia baseada na alta educação e no poder econômico que encontrava no sistema então vigente um empecilho para o desenvolvimento do seu potencial econômico. Desse modo, tem-

¹¹⁹ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 7. No original: “At the time, England was considered the freest nation in the world, and even remnants of the older order had not found their way to the American colonies. Under these circumstances, the colonists were concerned not with better laws but with better security of their rights, which Parliament had withheld from them without their consent. It was this refusal of the mother country that drove them to issue a Declaration of Independence”.

se que “a Revolução Francesa, diferentemente da americana, não buscou apenas mudar as condições políticas; visava principalmente eliminar a ordem social feudal baseada em classes, o que não era realizável sob o antigo regime”.¹²⁰

A segunda circunstância residiu na mudança na concepção filosófica da legitimação do exercício do poder político a partir da teoria do contrato social, passando pela justificação do absolutismo à defesa da limitação do poder do Estado a partir da noção de um direito natural superior que justificava a contestação da lei positiva e a sua desobediência. Foi com base nessas premissas que americanos e franceses deram início aos seus movimentos revolucionários, notadamente após seus pleitos por mudanças serem ignorados. Nas palavras de DIETER GRIMM: “A resistência à monarquia foi baseada precisamente nesta justificação, após a reivindicação da ‘good old law’ na América e o apelo à reforma da legislação baseada em classes, no regime feudal e no dirigismo estatal na França terem sido em vão”.¹²¹ Entretanto, mais uma vez torna-se necessário distanciar os modelos americano e francês que, se próximos na origem, traçaram rumos bastante distintos.

É certo que americanos e franceses comungavam da mesma premissa de que, no estado de natureza, os homens eram igualmente livres, de modo que um poder político organizado apenas poderia surgir, de forma legítima, de um contrato de todos os indivíduos entre si. Contudo, enquanto aos americanos esse princípio era de fácil assimilação, notadamente em razão de sua história de fundação contar com a figura dos pactos dos colonos, os franceses apenas se atentaram ao consequente da teoria contratualista: a necessidade de legitimação do poder pelo consentimento dos indivíduos, sem preocupação com a formulação de um contrato real. Em ambos os casos, assinala GRIMM, o resultado foi a passagem de uma “soberania monárquica” para um “princípio democrático racionalmente justificado”. Ocorre que, na França, isso foi compreendido como uma espécie de “soberania popular”, enquanto nos Estados Unidos o conceito de soberania assemelhava-se à concepção cultivada pelos ingleses, mais voltado para a noção de autogoverno.

Outrossim, americanos e franceses compartilhavam de uma mesma base teórica para a construção do direito constitucional, fundada na separação de poderes e na garantia de direitos básicos. A partir disso, porém, as trajetórias ocorreram de formas bastante distintas. Os americanos, já desde a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), guiavam-se

¹²⁰ GRIMM, *op. cit.*, p. 7. No original: “Thus, the French Revolution, unlike the American, did not seek merely to change political conditions; it primarily aimed to eliminate the estates-based, feudal social order, which had been unattainable under the old regime”.

¹²¹ GRIMM, *op. cit.*, p. 8. No original: “Resistance to the monarchy was based precisely on this justification, after the claim to ‘good old law’ in America and the call for reform of the estate-based, feudal, and dirigiste law in France had been in vain”.

pelo rol de direitos e garantias existentes no direito inglês. Sua preocupação, no entanto, dada a experiência conflituosa com o Parlamento inglês, foi a de elevar esses direitos acima do poder legislativo, protegendo-os do campo de atuação deste. Ainda, cumpre destacar que a Revolução Americana esgotou-se com a independência da Coroa e a formação do governos autônomos, de modo que a ordem social previamente existente não foi substancialmente alterada. Nessa linha, os direitos fundamentais tinham como principal escopo deter a ação estatal, realizando, assim, uma função predominantemente negativa.

Em contraste, a Revolução Francesa colimava não apenas alterar o sistema político, mas mudar a própria ordem social. Isso significava, portanto, modificar toda a ordem jurídica até então estabelecida, derruindo suas bases feudais, dirigistas e canônicas. A partir dos ideais iluministas, os franceses elaboraram de forma bastante detalhada o seu catálogo de direitos, que serviria como guia para a substituição da antiga ordem jurídica. Por esse motivo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi prontamente adotada pela Revolução. Também por esse motivo os direitos fundamentais no contexto francês não podiam se limitar a disposições negativas à atuação estatal, sendo então estabelecidos objetivos vinculantes a serem perseguidos pelo Estado como forma de atingir a transformação da ordem jurídica.

Outro ponto relevante que distancia as trajetórias constitucionais dessas duas matrizes do constitucionalismo reside justamente na salvaguarda da própria constituição. Como é consabido, a constituição e a lei diferem em um importante aspecto: a lei, enquanto fruto do poder constituído, é garantida pela organização do poder estatal sancionatório, de modo que as violações à lei são, em última instância, protegidos pelo próprio poder que expediu o comando legal; a constituição, por sua vez, não goza da mesma garantia de proteção, seja porque é fruto do poder constituinte que tende a se dissipar após sua manifestação, seja porque o seu campo de atuação é justamente a cúpula do poder estatal. Com isso, no conflito entre constituição e lei, não há um poder superior que faça garantir a prevalência da primeira. A defesa da constituição depende, assim, da estrutura estatal que lhe é subordinada contra as violações perpetradas por essa mesma estrutura estatal. Nisso reside, como assinala DIETER GRIMM, “a única fraqueza da lei suprema (*highest law*)”.¹²²

Desse modo, um dos pontos fundamentais de cisão entre as duas matrizes foi justamente a resposta dada a essa franqueza constitucional. Após viverem sob o jugo de trezentos anos de monarquia absolutista e sem estruturas de representação das classes sociais, os franceses depositaram sua fé em um corpo representativo eleito como sendo suficiente para sua proteção e segurança. Os americanos, devido à sua experiência com os abusos e excessos

¹²² *Op. cit.*, p. 14.

praticados pelo Parlamento inglês, jamais depositaram a mesma crença na correção das ações dos órgãos de representação popular, cientes de que a ameaça à constituição não viria apenas do poder executivo. Com isso, providenciaram para que o poder judiciário pudesse fiscalizar os atos estatais e verificar se compatíveis com a ordem constitucional, o que viabilizou a salvaguarda de instituições fundamentais da constituição americana, como o federalismo, a separação de poderes e os direitos fundamentais. Nesse sentido, convém consignar a observação de DIETER GRIMM no sentido de que: “[c]onsequentemente, o nascimento do estado constitucional ocorreu junto com o controle de constitucionalidade, embora por mais de cem anos isso tenha remanescido exclusivo para os Estados Unidos”.¹²³

Na senda do escólio de MAURIZIO FIORAVANTI, tem-se que o constitucionalismo francês que emerge da revolução, fortemente alicerçado na doutrina contratualista, estava mais interessado na coerência da vontade do soberano do que na edificação de um sistema pautado pelo equilíbrio e limite do exercício do poder. Desse modo, seria o papel principal do constitucionalismo a manutenção da generalidade dessa vontade frente às vontades individuais e particulares, como meio para garantir os direitos de todos em perfeita igualdade. Para concretização dessa igualdade, era imprescindível a característica de generalidade da lei. A garantia dessa generalidade frente a pressões particulares residia na constante exortação para que o legislador cumprisse com sua missão de criar a igualdade. Essa exortação não poderia ter outra fonte que não aquele que instituiu o próprio legislador, ou seja, o povo soberano. Eis aí a marca do pensamento rousseauiano no sentido de que a garantia dos direitos não decorre do equilíbrio dos poderes, mas da força da lei geral e abstrata. É nessa lei geral e abstrata que se fiam os revolucionários para proteção dos direitos.¹²⁴

Em virtude da desconfiança nutrida pelos revolucionários de que os governantes poderiam subverter a generalidade das leis, fazendo prevalecer vontades particulares, era imperioso que o povo soberano estivesse sempre alerta e ativo, mantendo permanentemente sob o seu domínio os poderes de reexaminar o pacto constitucional e de exercer diretamente a função legislativa, poder este que seria delegado apenas de forma parcial à estrutura estatal, mas jamais cedido. Conforme assinala FIORAVANTI:

Diante de um poder que sofria de forma evidente as pressões de interesses particulares, o povo podia e deveria reivindicar para si o exercício direto da função legislativa para restaurar o reino da vontade geral. E quando o povo soberano agia

¹²³ *Op. cit.*, p. 14.

¹²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Trad. Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014, pp. 32-33.

nesse sentido, nada poderia contrariar sua vontade. Nenhuma *constituição* poderia se opor ao povo soberano que pretendia expressar a vontade geral.¹²⁵

Com efeito, não se descuidava que entre os revolucionários franceses havia a cizânia entre aqueles que defendiam uma democracia representativa e os que preferiam a democracia direta. Ao primeiro grupo, a vontade geral seria expressa por qualquer lei aprovada pelos representantes da nação, rechaçando a noção de mandato imperativo. De outro lado, temia-se que a própria representação poderia corromper a vontade geral, de modo que a democracia direta seria o melhor modelo para garantir a soberania originária do povo. Sem embargo desse conflito que fez com que a revolução alternasse entre modelos de democracia representativa e direta, certo é que nenhuma das correntes aceitava a imposição de equilíbrio entre os poderes ou de qualquer limitação imposta por uma constituição.

Conforme se depreende desse panorama, não houve condições políticas e sociais no continente europeu para formulação e defesa de uma teoria e prática do controle de constitucionalidade. O contratualismo rousseauiano, que informava o constitucionalismo revolucionário francês, depositava no corpo eletivo a representação da soberania nacional, sendo os seus atos insidicáveis e incontrastáveis. Conforme ressaltam ELENA MALFATTI, SAULLE PANIZZA e ROBERTO ROMBOLI:

A Europa, no final do século XVIII, foi afetada por um clima político e cultural marcadamente diferente do norte-americano, o que impediu um discurso semelhante ao da “doutrina” Marshall; a França, em particular, após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estava prestes a vivenciar o período de constituições revolucionárias permeado pela influência dos trabalhos de Jean-Jacques Rousseau, o que levou a assembleia eletiva a ser considerada o repositório da soberania nacional, refletindo a vontade geral dos indivíduos envolvidos e *a fortiori* não submetida ao controle de sujeitos não legitimados democraticamente.¹²⁶

Evidentemente, era inviável cogitar do exercício de uma função de controle de constitucionalidade das leis a partir do Judiciário nesse cenário da França revolucionária. A par das noções de soberania popular, de constituição e de *vontade geral* que permeavam o ideário

¹²⁵ FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 33. No original, na tradução espanhola: “Ante um poder que sufriera de modo evidente las presiones de los intereses particulares, el pueblo podía y debía reclamar para sí el ejercicio directo de la función legislativa para restaurar el reinado de la voluntad general. Y quando el pueblo soberano actuaba em esta línea, nada podía contrarrestar su voluntad. Ninguna *constitución* podía oponerse al pueblo soberano que pretendía expresar la voluntad general”.

¹²⁶ MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saulle, e ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 7ª edizione, Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 4. Tradução nossa. No original: “L’Europa, a fine ‘700, risente di un clima politico-culturale notevolmente diverso da quello nordamericano, che impedisce di impostare un discorso analogo a quello della “dottrina” Marshall; in special modo la Francia, all’indomani della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, si appresta a vivere il periodo delle costituzioni rivoluzionarie pervasa della suggestioni dell’opera di Jean-Jacques Rousseau, che porta a considerare l’assemblea eletiva come depositaria della sovranità nazionale, in quanto specchiante la volontà generale degli individui operato, né *a fortiori* passibile di controlli ad opera di soggetti non legittimati democraticamente”.

revolucionário, razões de ordem histórica, ideológica e prática tornavam impensável a adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Essa inviabilidade de implantação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no contexto francês está pautada, conforme escólio de MAURO CAPPELLETTI, na ordem de três razões, a saber: i) razão histórica; ii) razão ideológica; e iii) razão prática. Sob a perspectiva histórica, havia uma profunda desconfiança dos revolucionários com os juízes do *Ancien Regime*, cuja conduta era marcada pela nota do arbítrio e do abuso. Acresça-se a isso a noção então existente entre os exercentes do ofício judicante de um direito de propriedade sobre o cargo de juiz, de forma que este integrava o seu patrimônio tal qual um imóvel. Com isso, colocavam-se os juízes franceses como barreiras a reformas liberais e como adversários da Revolução. Logo, seria de todo desaconselhável admitir a esses agentes – que, salvo os guilhotinados, permaneceram no ofício – o controle da validade dos atos legislativos do novo governo. De acordo com CAPPELLETTI:

(...) a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente, à Revolução, os juízes franceses muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com consequências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso. Para explicar os motivos disto bastará recordar que o ofício judiciário fora considerado pelos juízes franceses do *ancien régime* e, em particular, pelos “Parlementaires”, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores que eram os *Parlements*, como “um droit de propriété, um droit patrimonial”, possuído por ele “au même titre que leurs maisons et leurs terres” (...). Não foi à toa que aqueles juízes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer, mesmo mínima, reforma em sentido liberal, e, então, implacabilíssimos adversários da Revolução que, nas terras das guilhotinas, fez, afinal, larga messe de suas veneráveis cabeças...¹²⁷

A par disso, a razão ideológica que impedia a construção de um sistema de controle jurisdicional das leis residia na rígida concepção de separação de poderes que dominou o pensamento revolucionário francês. A doutrina formulada por Montesquieu e que iluminou a formulação do constitucionalismo francês não comportava a possibilidade de interferência de um poder na esfera de atribuições de outro, o que, certamente, inviabilizaria qualquer ideia de controle de atos legislativos pelo Poder Judiciário. Na senda das ensinanças de CAPPELLETTI:

Basta pensar em Montesquieu e na doutrina da separação de poderes, doutrina que, em sua rígida formulação, foi, não erradamente, considerada absolutamente incompatível com toda possibilidade de interferência dos juízes na esfera do poder legislativo, visto, além disto – especialmente por força dos desenvolvimentos rousseauianos daquela doutrina – como a direta manifestação da soberania popular. Daí, aquela “hostilidade que na França (...) sempre se nutriu contra a ideia de que os

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição – reimp., Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, pp. 96-97.

atos dos órgãos superiores, e sobretudo das Assembleias parlamentares, representativas da soberania nacional, fosse submetidos a controle” por parte dos juízes.¹²⁸

Por fim, razões de ordem prática impunham a necessidade de proteção dos indivíduos contra os abusos do Executivo e do próprio Poder Judiciário. Conforme visto, historicamente, eram os juízes artífices da prática de abusos e excessos que vilipendiavam as liberdades individuais. Com isso, a preocupação primeira dos revolucionários franceses não foi a de protegerem-se contra investidas do Poder Legislativo – poder que passavam a controlar e cujo instrumento de atuação, a lei, era fruto da concertação dos próprios revolucionários –, mas sim a defesa contra malfeitos praticados pelos poderes que historicamente ameaçavam a revolução e as liberdades. Conforme consignado por CAPPELLETTI:

Evidentemente, a exigência prática prevalente, sentida na história francesa de mais de um século e meio até hoje, foi a de assegurar, especialmente mediante o glorioso instituto do *Conseil d’Etat*, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também, especialmente através da *Cour de Cassation*, contra as ilegalidades do poder judiciário, antes que a de assegurar uma tutela contra os excessos do poder legislativo.¹²⁹

Aliás, é propício assinalar que o nascimento do instituto da “Cassação” no direito francês tinha por escopo a defesa da lei. Surge, deste modo, como fruto dessa desconfiança nutria em relação aos juízes. Tinha-se, pois, o objetivo de proteger as realizações da revolução e preservar a nova ordem jurídica que nascia do movimento de ruptura com o antigo regime. Para tanto, era imprescindível pôr limites à atividade interpretativa dos juízes, impedindo-os de subverter ou tornar letra morta os textos legais positivados pelo Poder Legislativo. Assim sendo, não se pode perder de perspectiva que um Tribunal ou Corte de Cassação, tal como originalmente concebido, não era um órgão judiciário, mas órgão vinculado ao Poder Legislativo e que tinha por atribuição controlar a aplicação da lei pelos juízes e tribunais judiciários. Cumpre trazer o relato de MAURO CAPPELLETTI:

As ideologias eram aquelas teorizadas nos escritos de Rousseau e de Montesquieu, da onipotência da lei, da igualdade dos cidadãos perante a lei e da rígida separação de poderes, na qual ao juiz – passiva e “inanimada” *bouche de la loi* – competia o único dever de aplicar aos casos concretos o texto da lei, um dever concebido como puramente mecânico e em nada criativo. O *Tribunal de Cassation* foi instituído, exatamente, por decreto de 27 de novembro - I de dezembro de 1790, como um *órgão não judicial de “controle constitucional”*, em outras palavras, órgão colocado junto ao poder legislativo – “il y aura près du Corps législatif un Tribunal de cassation”, como, de modo muito preciso, textualmente proclamava o decreto de 1790 – para evitar que os órgãos judiciários, no exercício de suas funções, invadissem a esfera do

¹²⁸ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 97.

¹²⁹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 98.

poder legislativo, subtraindo-se à estreita e textual observância das leis. Não obstante o nome de *Tribunal* – nome que será transformado posteriormente em “Cortes”, *Cour* – o *Tribunal de Cassation* teve, no entanto, na origem, natureza essencialmente *legislativa e política* e, de qualquer maneira, com certeza, *não judicial*: ele foi, como o definiu Calamandrei, “um ofício de natureza constitucional, destinado a manter na sua integridade o cânone da separação dos poderes”, que foi considerado ser “a primeira condição para a normal existência do Estado”. Precisamente, em consideração desta função, foi proposto que o *Tribunal de Cassation* fosse, ao invés, chamado de *Conseil Nacional Pour la Conservation des Lois*, um nome que, por certo, teria mais eficazmente indicado a função originária daquele órgão, isto é, a função de impedir, utopicamente, que a interpretação das leis caísse na esfera de um órgão pertencente a um poder diverso do legislativo.

O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Legislatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo (é o assim chamado *référé facultatif*, suprimido, juntamente com a proibição de interpretação judicial, pelo Code Napoléon).¹³⁰

Veja-se, destarte, que o instituto da “Cassação” e o órgão incumbido de aplicá-lo, isto é, o Tribunal ou Corte de Cassação, eram, em sua conformação original, expressões da rígida noção de separação de poderes que impregnava o pensamento constitucional francês revolucionário. Nesse sentido, a tarefa de interpretação das leis remanesceu em um órgão vinculado ao Poder Legislativo, buscando afastar essa possibilidade dos órgãos judiciários. Surgia, com isso, mecanismo processual por meio do qual os juízes, em caso de dúvida sobre a correta interpretação da lei, questionavam ao órgão legislativo o correto sentido a ser dado ao texto normativo.

Para compreensão do desenvolvimento do instituto, cumpre assinalar as profundas diferenças entre a “Cassação”, em sua versão original, e o controle judicial de constitucionalidade, cujas características, naquele momento, tornavam-nos inconciliáveis. Para tanto, vale-se das lições de MAURO CAPPELLETTI para consignar que a “Cassação” está vinculada à noção de uma intransigente e inflexível separação de poderes, em que, se já inadmissível franquear aos órgãos judiciários a interpretação das leis, que dirá o próprio controle de sua validade. Parte-se de uma noção de superioridade do Poder Legislativo de onipotência da lei. O controle de constitucionalidade, por seu turno, assenta-se nas premissas de uma separação de poderes temperada pela doutrina dos freios e contrapesos, pressupondo-se, de um lado, a competência dos órgãos judiciários para interpretar as leis e, de outro, a submissão dos atos legislativos a uma lei fundamental de superior hierarquia, de modo que se viabiliza o reconhecimento da invalidade daqueles em conflito com esta. Sobre essa distinção, assinala CAPPELLETTI que:

¹³⁰ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 40-42.

Contudo, se o instituto da Cassação tivesse permanecido, nos quase dois séculos de sua história, aquilo que ele foi originariamente, neste caso bem dificilmente se poderia conceber uma contraposição mais absoluta e inconciliável entre a idéia, que está na base do instituto da Cassação, e a idéia que inspira, ao invés, todo sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis. O primeiro instituto é, por assim dizer, a incorporação da idéia da mais radical separação dos poderes, pelo que “la loi c’est la loi” e não já aquilo que os juízes pensam ser a lei. O segundo instituto supõe, ao contrário, que seja confiada a órgãos judiciários não apenas a função de interpretar, mesmo além da letra, o verdadeiro sentido da lei, mas, com certeza, a função de julgar da validade das leis, isto é, de sua correspondência com uma norma superior às próprias leis. O primeiro instituto, a cassação, supõe a onipotência da lei positiva, como manifestação da vontade suprema das Assembleias Populares; o segundo, supõe, ao contrário, a sujeição da lei ordinária a uma *lex superior*, subtraída às volúveis oscilações de uma talvez ocasional maioria parlamentar. O primeiro instituto, enfim, supõe a máxima desconfiança, o segundo supõe, ao invés, a mais alta confiança nos juízes, quando não, com certeza, a sua “supremacia” no ordenamento constitucional do Estado.¹³¹

Entretanto, não se descuida que houve substancial mudança no perfil da Corte de Cassação no início do Século XIX, momento em que a ideologia revolucionária se arrefeceu, de modo que aquele órgão se converteu em órgão de cúpula do Poder Judiciário. A partir das reformas legislativas promovidas sob o regime napoleônico, admitiu-se ao Judiciário o poder da interpretação das leis, deslocando a Corte de Cassação do Poder Legislativo para o ápice do Poder Judiciário. Essa nova conformação da Corte de Cassação foi justamente o modelo que se difundiu pela Europa e, posteriormente, pelo mundo. Essas invulgares alterações no instituto da “Cassação”, que se tornou um mecanismo de controle de legalidade pelo Poder Judiciário, aproximaram-no, em certa medida, do instituto do controle de constitucionalidade, pondo termo à absoluta incompatibilidade entre si.

Reconhecido aos juízes, com o Código de Napoleão, o poder de interpretação das leis, a *Cour de Cassation* tornou-se, na realidade, o supremo órgão judiciário de controle dos erros de direito cometidos pelos juízes inferiores. (...) A partir, pois, da fundamental lei de 1º de abril de 1837, “de modo sempre mais decidido e consciente, a Corte de Cassação tornou-se o que hoje é, ou seja, a Suprema Corte reguladora da interpretação jurisprudencial”. Vale dizer, ela se tornou a Corte que executa o *controle de legalidade* que, ainda agora, óbvia e profundamente, se distingue, e por isto não se contrapõe, nem é, de modo algum, idealmente inconciliável também com um controle da constitucionalidade das leis.¹³²

Isso não significou, cabe alertar, uma abertura imediata para um eventual controle de constitucionalidade da legislação. Entretanto, pode-se cogitar que essa mudança de perfil pode ter amenizado a aversão à ideia de mecanismos de controle e contribuído para os debates sobre o tema na segunda metade do Século XIX – notadamente na Áustria, como se verá.

¹³¹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹³² CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 43-44.

De qualquer modo, o início do Século XIX, já relativamente afastado do calor revolucionário, já não trazia aquele severo panorama avesso à noção de imposição de limites à soberania que permeou a revolução francesa. Figura marcante desse movimento foi Benjamin Constant, que teceu críticas sobre a forma de governo e as soluções institucionais que se sucederam à revolução, passando, então, a professar a noção de uma soberania limitada, reelaborando a ideia inicial de soberania popular. Com isso, defendeu que essa soberania encontraria limites nos direitos individuais, enquanto matéria de natureza constitucional, como a liberdade individual, livre gozo da propriedade e a garantia contra arbitrariedades.

A despeito de vislumbrar tratar-se de norma suprema, entendia Constant que a constituição tinha natureza eminentemente política, sendo expressão do pacto entre a monarquia e a nação e que cuja estabilidade era vital para proteção dos direitos. Consequentemente, estava mais interessado em aperfeiçoar o funcionamento e interação entre os poderes, de modo a evitar o conflito constitucional.¹³³ Imbuído desse intento de preservar a estabilidade dos Poderes, fortalecer o governo representativo, coibir arbitrariedades e evitar revoluções, desenvolveu a teoria do “Poder Neutro”, sob a premissa de que, além da preocupação com a separação dos poderes, é preciso encontrar soluções para os conflitos que venham a surgir. Esse “Poder Neutro” era diverso e externo aos demais poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo marcado pela sua independência e pela busca da preservação das liberdades, das instituições e da ordem constitucional. Para tanto, ser-lhe-iam atribuídos poderes para equilibrar, vigiar e controlar os demais poderes.

Certo é que, na França, sem embargo da adoção de modelo de constituição escrita e rígida, a noção de controle das leis pelo Judiciário sempre foi uma ideia rechaçada. Qualquer intento de formular um sistema de controle material das leis vislumbrava o seu exercício por órgãos não judiciários, como foram os casos do *Senat Conservateur*, da Constituição de 1799, ao *Senat*, na Carta de 1852, ao *Comité Constitutionnel*, da Constituição de 1946, e o atual *Conseil Constitutionnel*, previsto na vigente Constituição francesa de 1958.

1.4. A CRIAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO NO DIREITO EUROPEU-CONTINENTAL: CAUSAS PARA O ACOLHIMENTO DE UM MODELO DIFERENTE

Arrisca-se a afirmar que a abordagem histórica do surgimento do controle de constitucionalidade está para “*Marbury v. Madison*” assim como a origem do controle concentrado de constitucionalidade está para Hans Kelsen. Trata-se antes de uma linha de

¹³³ FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 46.

chegada do que propriamente um ponto de partida. A relevância consiste, efetivamente, na consolidação de um pensamento jurídico e na sedimentação de uma prática, ganhando contornos de marco teórico que passa a guiar as reflexões, discussões e modo de agir a partir de então. Conforme assinala SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA: “A Corte Constitucional e o monopólio, por ela, do controle de constitucionalidade não resultaram de mera invenção teórica. É a história, não a lógica, que explica as instituições”.¹³⁴

Visto o contexto do constitucionalismo francês, cumpre ampliar o campo de visão para o contexto europeu-continental. A prévia passagem pelo Direito francês tem o imprescindível papel de auxiliar a compreensão dos rumos do constitucionalismo no resto do continente europeu no decorrer do Século XIX. Assim, de forma semelhante ao absolutismo francês, as nações europeias também sofriam com a tirania do monarca absoluto, que era apoiado pelos juízes para concretização de desmandos e arbítrios. Logo, também os demais europeus viam no Legislativo o caminho para proteção contra a opressão. Conforme assinala FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO:

Detendo-se em uma análise mais concreta dessa disparidade nas condições sociais, Dietze nos lembra como na América o Parlamento inglês apareceu como “o grande opressor”, seguido nesse papel pelo rei e seu governo. Ao contrário, os Tribunais correspondiam ao “papel do libertador”. Na Europa, a situação era quase diametralmente oposta. O monarca era o tirano, assistido pelos seus juízes, e, precisamente por isso, a libertação devia ser tarefa das legislaturas, dos parlamentos, como órgãos representativos do povo.

Por outro lado, enquanto na América os indivíduos eram protegidos por uma lei superior às elaboradas pelo Congresso, na Europa, absorvidos pela “*volonté générale*”, os cidadãos se veriam resguardados pelas leis elaboradas pelo Parlamento. No posicionamento francês – que está, naquele momento final do século XVIII, quase dizendo tanto quanto o europeu – incidirá sobremaneira a doutrina rousseauiana do direito como expressão da vontade geral.¹³⁵

¹³⁴ CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. Introdução à edição brasileira. In Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição – reimp., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. VIII.

¹³⁵ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidade. *Pensamiento Constitucional*, Lima (Peru), Año IV, N° 4, pp. 167-216, 1997, p. 168. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3302>. Acesso em 27/11/2022. No original: “Deteniéndose en un análisis más concreto acerca de esa disparidad de condiciones sociales, nos recuerda Dietze cómo en América el parlamento inglés aparecía como “the great oppressor”, siguiéndole en tal papel el Rey y su Gobierno. Por el contrario, a los Tribunales correspondía “the role of the liberator”. En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de las legislaturas, de los Parlamentos, en cuanto órganos representativos del Pueblo. Por otra parte, mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la “volonté générale”, los ciudadanos se iban a ver salvaguardados por las leyes elaboradas por el Parlamento. En el posicionamiento francés – que es, en aquel momento final del siglo XVIII, casi decir tanto como europeo – incidiría sobre manera la doctrina rusioniana de la ley como expresión de la voluntad general”.

O constitucionalismo europeu do Século XIX, entretanto, foi marcado pelo intento de perfilar uma “terceira via” que se afastasse do “historicismo conservador”, mas que também não caísse no “racionalismo revolucionário”. Com efeito, não se queria abdicar das ideias e princípios iluministas que pautavam os movimentos revolucionários. Do mesmo modo, o receio de repetir o exemplo francês compeliu os demais países a buscarem fórmulas menos radicais de atender às exigências de mudanças das estruturas sociais. Sobre isso, assinala MAURIZIO FIORAVANTI que:

Se voltarmos o olhar agora para toda a Europa, percebemos que o constitucionalismo do Século XIX, com diferentes formas e soluções, procurava por toda a parte uma espécie de *terceira via* entre o historicismo conservador e o racionalismo revolucionário. Não pode aceitar a primeira porque não quer renunciar aos princípios da revolução, nem pode aceitar a segunda porque teme sua extensão ilimitada, especialmente a do princípio da igualdade. Por isso, a *nação* da era liberal tem estas duas faces inseparáveis: por um lado, é uma nação de indivíduos nascidos da revolução, mas, por outro, é uma nação no sentido histórico que, como tal, estabelece vínculos e limites e impõe prudência e equilíbrio, principalmente diante da monarquia, que é a principal instituição histórica.¹³⁶

Conforme destaca EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, a noção de constituição que emerge no final do Século XVIII – e que tem nas revoluções americana e francesa sua maior expressão – não consiste apenas em um texto normativo orgânico ou codificado que estipula a estrutura política superior de um Estado. Essa noção demanda a observância de determinados pressupostos e conteúdo. Assim, a partir da doutrina contratualista, a constituição deve representar o pacto social de um povo, cujo poder de autodeterminação é a origem e fundamento do poder e do direito. Por sua vez, o conteúdo deveria observar a ideia consolidada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, que pregava a necessidade de garantia direitos e determinação da separação de poderes como essenciais para a existência de uma constituição.¹³⁷ O mestre espanhol assinala, contudo, que essa noção de constituição sofreria intensos ataques no contexto europeu-continental a partir de espectros políticos distintos. Em suas palavras:

¹³⁶ FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 48. No original da tradução espanhola: “Si dirigimos ahora la vista a toda Europa, nos damos cuenta de que el constitucionalismo del siglo XIX, con formas y soluciones diferentes, busca en todas partes una especie de *tercera vía* entre el historicismo conservador y el racionalismo revolucionario. No puede aceptar el primero porque no quiere renunciar a los principios de la revolución, ni tampoco, el segundo porque teme su ilimitada extensión, sobre todo la del principio de igualdad. Por eso, la *nación* de la época liberal tiene estas dos caras inseparables: por una parte, es una nación de individuos que nace de la revolución, pero, por otra, es una nación en sentido histórico que, como tal, pone vínculos y límites e impone prudencia y equilibrio, sobre todo frente a la monarquía que es la principal institución histórica”.

¹³⁷ “Artigo 16º - Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Este conceito tão preciso de Constituição vai sofrer, porém, na Europa continental um forte ataque, da direita e da esquerda. À direita, é obra das Monarquias restauradas que sucedem a ruptura imposta a todo o Continente pelos Exércitos de Napoleão. Estas Monarquias vão recolher da ideia constitucional apenas o que ela contém como codificação formal do sistema político superior, bem como, quando muito, alguns dos seus conteúdos menos perigosos, dos quais se torna simples retórica. É assim que os Reis “outorgam” Cartas Constitucionais, que pouco têm a ver com a ideia original da Constituição. É a expressão do “princípio monárquico” que, em matéria constitucional, consagra para toda a Alemanha o famoso art. 47 da Ata Final do Congresso de Viena e que também dominou toda a Europa restaurada. Numa segunda fase, as Monarquias quererão restaurar o conceito medieval de pacto entre a Coroa e o povo, ideia que entre nós ainda terá o seu último representante em Cánovas, e que, como se entende, coloca o Monarca numa situação pré e supraconstitucional, uma vez que o consagra como co-poder constituinte.

O ataque da esquerda ao conceito original de Constituição vem da esquerda hegeliana e, finalmente, do marxismo em que aquela desemboca. Como resolução, tenta-se “reduzir” a norma constitucional formal à estrutura de poder real que a fundamenta e sustenta e da qual ela não seria mais do que um disfarce convencional. O caminho começa cedo com o famoso discurso de Berlim de 1862 de Ferdinand LASALLE, *Ueber Verfassungswesen*; a Constituição escrita seria uma “mera folha de papel” e o que vale é a “Constituição real e efetiva” (*wirklichen Verfassung*), expressão de relações fácticas de poder, normalmente silenciadas (para protegê-las do conflito político) no texto legal. O próprio MARX, já a partir de uma concepção mais geral do Direito como superestrutura, e posteriormente os marxistas, irão insistir em posições semelhantes, até hoje mesmo (desvalorizando, por exemplo, as “liberdades formais” e pretendendo atender às “liberdades reais”, as quais uma longa experiência mostra não serem nada sem aquelas, como os iluminados com razão supuseram).

Estes dois ataques são decisivos, a ponto de na Europa continental, com algumas exceções, o sentido genuíno da Constituição se perder por quase todo o século XIX (e na Alemanha e Europa Central até 1919 e praticamente até este segundo pós-guerra, assim como entre nós [Espanha], depois do constitucionalismo original presente em Cádiz, praticamente até a nova Constituição). A teoria jurídica refletirá esse fato. A Constituição deixa de ser uma norma com origem e conteúdo determinados. Como consequência direta, também deixa de ser uma norma invocável perante os Tribunais, passando a ser teorizada, simplesmente, como mero requisito lógico da unidade do ordenamento jurídico.¹³⁸

¹³⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª edición, Cizur Menor: Civitas (Thomson Reuters), 2006, pp. 47-48. No original: “Este concepto tan preciso de Constitución va a sufrir, no obstante, em Europa continental um fuerte embate, por la derecha y por la izquierda. Por la derecha, es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta em todo el Continente por los Ejércitos de Napoleón. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica. Es así como los Monarcas ‘otorgan’ Cartas Constitucionales, que tienen poco que ver con la primigenia idea de Constitución. Es la expresión del ‘principio monárquico’ que, em matéria constitucional, consagra para toda Alemania el famoso art. 47 del Acta final del Congreso de Viena y que dominó también em toda la Europa restaurada. Em uma segunda fase querrán las Monarquías restablecer el concepto medieval de pacto entre la Corona y el pueblo, idea que entre nosotros tendrá aún su último representante en Cánovas, y que, como se comprende, coloca al Monarca en una situación propia pre- y supraconstitucional, puesto que lo consagra como co-poder constituyente.”

‘El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo em que ésta desemboca. Com resolución se intenta hacer la “reducción” de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta y de la que aquélla no sería más que um enmascaramiento convencional. La vía se inicia precozmente com el famoso discurso berlinés de 1862 de Ferdinand LASALLE, *Ueber Verfassungswesen*; la Constitución escrita sería una “mera hoja de papel” y lo que cuenta es la “Constitución real y efectiva” (*wirklichen Verfassung*), expresión de las relaciones fácticas de poder, normalmente silenciadas (para protegerlas de la pugna política) en el texto legal. MARX mismo, ya desde uma concepción más general del Derecho como superestructura, y los marxistas posteriores, insistirán em posiciones análogas, hasta hoy mismo (desvalorizando, por ejemplo, las “libertades formales” y pretendiendo atender a las “reales”, que uma larga experiencia muestra no ser nada sin aquellas, como los ilustrados habían supuesto com acerto).’

O que se percebe, destarte, é que a ideia inicial de um constitucionalismo pautado pela supremacia constitucional, como originalmente se propunha durante o período das revoluções – final do Século XVIII e começo do Século XIX –, sucumbiu diante de uma Europa que rumava em sentido contrário, atribuindo à atividade legislativa e ao seu produto (a lei) papéis centrais e incontrastáveis no sistema jurídico. Atribuía-se à lei o papel de salvaguardar direitos, afastando a possibilidade de atuação do poder judiciário. Tratava-se de aderir ao primado da lei e não da constituição, que, juridicamente enfraquecida, converteu-se em mera carta de intenções e não era capaz de tornar aquela inválida. Sobre o tema, cabe, mais uma vez, colacionar a lição de MAURIZIO FIORAVANTI:

Nesse quadro, a grande ideia da supremacia da constituição que começara a se difundir na época das revoluções, sobretudo em relação à americana, tendeu a ser eclipsada na Europa da segunda metade do século XIX. Com efeito, essa ideia perde consistência e acaba sendo absorvida pelo princípio dominante da soberania do Estado, que representa a existência da ordem política e, portanto, contém a própria constituição. No plano positivo, nos Estados europeus vigoram as respectivas Cartas Constitucionais, que se dedicam quase inteiramente a regular as formas de governo. Elas também declaram direitos individuais, mas sua tutela é atribuída à lei do Estado, à qual não se pode opor a constituição como norma superior. Assim, não estão reunidas as condições para que se estabeleça um *judicial review*, um controle de constitucionalidade.

Esta é uma característica comum a toda a experiência europeia. A Terceira República na França, o Segundo Reich na Alemanha ou a era giolittiana a na Itália são regimes políticos muito diferentes entre si, mas, não obstante, pertencem ao mesmo *tipo histórico*, precisamente o Estado nacional soberano, o Estado de Direito fundado na declaração do primado da lei e, ao mesmo tempo, na negação da constituição como norma suprema capaz, como tal, de invalidar normas de hierarquia inferior, inclusive a própria lei.¹³⁹

‘Esos dos embates son decisivos, hasta el punto de que em Europa continental va a perderse, com alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX (y em Alemania y Centroeuropa hasta 1919 y prácticamente hasta esta segunda postguerra, como también entre nosotros, tras el constitucionalismo originario presente en Cádiz, prácticamente hasta la nueva Constitución). La teoría jurídica reflejará ese hecho. La Constitución deja de ser una norma com un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja también de ser una norma invocable ante los Tribunales, y va a pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamento’.

¹³⁹ FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 52. No original da tradução espanhola: “En este marco, la gran idea de la supremacía de la constitución que había comenzado a difundirse en la época de las revoluciones, sobre todo en relación con la americana, tiende a eclipsarse en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX. Em efecto, esa idea pierde consistencia y termina por ser absorbida por el principio dominante de la soberanía del Estado, que representa la existencia del orden político y, por lo tanto, contiene la propia constitución. En el plano positivo, en los Estados europeos están vigentes sus respectivas Cartas constitucionales, que se dedican casi por completo a regular las formas de gobierno. Declaran también los derechos individuales, pero su tutela es atribuida a la ley del Estado, a la que no puede oponérsele la constitución como norma superior. Así pues, no se fijan las condiciones para establecer un *judicial review*, un control de constitucionalidad.’

‘Este es um rasgo común a toda la experiencia europea. La III República em Francia, el II Reich em Alemania o también la época giolittiana en Italia son regímenes políticos muy diferentes entre sí pero, no obstante, pertenecientes al mismo *tipo histórico*, precisamente el Estado nacional soberano, el Estado de derecho fundado em la declaración de la primacía de la ley y, al mismo tiempo, em la negación de la constitución como norma suprema capaz, como tal, de invalidar normas de grado inferior, incluida la propia ley’.

No contexto austríaco, conforme assinalava GEORG JELLINEK, não se atribuiu aos juízes e às autoridades administrativas o controle de validade substancial dos atos legislativos. Vale dizer: não detinham legitimidade para fiscalizar o conteúdo das leis aprovadas pelo Legislativo, de modo que, ainda que contrastantes com os comandos da constituição, eram tidas como incontestáveis. Aos juízes e autoridades administrativas competia tão somente a análise dos requisitos formais de publicação da lei, verificando se se encontravam efetivamente vigentes. Qualquer pretensão de afastamento da lei em razão de sua inconstitucionalidade material não possuía acolhimento naquele sistema jurídico. Segundo afirmação do jurista:

Como o juiz é constitucionalmente legitimado para examinar apenas as prescrições formais da publicação da lei, mas não a forma de sua implementação, muito menos o direito de examinar a lei pertence às autoridades administrativas, tanto que uma lei substancialmente inconstitucional deve ser qualificada como formalmente incontestável. Somente um ato da mesma legislação pode anular sua eficácia. R. v. Mohl observa que uma lei inconstitucional não é uma lei, no sentido de que não tem obrigação legal para ninguém, mas esse é um princípio de *lege ferenda*, que não se encontra na Constituição austríaca.¹⁴⁰

Eis aí, então, um elemento chave do distanciamento entre o constitucionalismo americano e o europeu-continental. Com efeito, a força da constituição americana e o papel essencial dos juízes naquele país não decorrem apenas da circunstância da adoção de um documento escrito. Conquanto a isolada comparação com o sistema inglês possa induzir essa conclusão, não se pode descuidar que diversos países do continente europeu também adotaram constituições escritas e, no mais das vezes, rígidas, prevendo processos especiais de reforma do seu texto. Ainda assim, esses ingredientes não foram suficientes para fazer da experiência europeia algo próximo daquela vivenciada no constitucionalismo americano. Um elemento se fazia ausente no contexto europeu e que acabou por reduzir suas constituições escritas a meras folhas de papel.¹⁴¹

¹⁴⁰ JELLINEK, Georg. *Una corte costituzionale per l'Austria*. Trad. Elisabetta Palici di Suni. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 67. No original da tradução italiana: “Poiché il giudice è legittimato ad esaminare costituzionalmente solo le prescrizioni formali della pubblicazione della legge, ma non il modo della sua realizzazione, ancora meno un diritto di esaminare la legge compete alle autorità amministrative, tanto che una legge sostanzialmente incostituzionale deve essere qualificata come formalmente incontestabile. Solo un atto della stessa legislazione può annullare la sua efficacia. R. v. Mohl osserva che una legge incostituzionale non è una legge, nel senso che non ha obbligatorietà giuridica per nessuno, ma questo è un principio di *lege ferenda*, che non si trova nella Costituzione austriaca”.

¹⁴¹ O ceticismo de Ferdinand Lassalle, testemunha da inoperância da constituição prussiana de 05 de dezembro de 1848, propugnava que a ausência de força normativa de uma constituição escrita residia na falta de atenção às forças reais de poder que compõem a constituição real. Sendo assim, quando não há correspondência entre estas, tem-se como consequência inevitável “um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”. E assim sendo, no caso prussiano, “Com aquela folha de papel datada a 5 de dezembro de 1848, o rei, espontaneamente, concordava com uma porção de concessões”. Contudo, pontuava o jurista prussiano, essas concessões todas “iam de encontro à Constituição real; isto é, contra os fatores reais do poder que o rei continuava a dispor, integralmente, em suas mãos”. Como consequência, a constituição de 1848 acabou por

Sob a perspectiva de BERNARD SCHWARTZ, o fator chave para a compreensão da distinção entre os constitucionalismos de matriz americana e europeia não está na existência de um documento escrito e rígido – porque isso os europeus também possuíam –, mas sim na possibilidade de controle judicial efetivo da constitucionalidade dos atos legislativos e executivos. Vale dizer: distanciavam-se, notadamente, pela (in)viabilidade do exercício de uma jurisdição constitucional efetiva que imponha o cumprimento da constituição, bem como pela previsão (ou rechaço) do poder judiciário como um dos poderes independentes na estruturação do governo. Nas palavras do jurista americano:

Desde Tocqueville, observadores externos têm enfatizado o papel primordial do juiz na sociedade americana. Este papel também não se baseia exclusivamente no fato de que a Constituição dos Estados Unidos, ao contrário do que acontece na Grã-Bretanha, é um instrumento escrito. A maioria dos países da Europa continental escreveu constituições; no entanto, em nenhum deles o juiz atingiu algo parecido com o *status* de seu confrade americano. De um ponto de vista prático, a situação em tais países continentais é de qualquer sistema basicamente igual ao da Grã-Bretanha, devido à falta de controle judicial efetivo da constitucionalidade das leis promulgadas pelo legislador. As restrições impostas ao legislador sob a maioria das constituições continentais não são, na realidade, leis, pois não são regras que em último recurso serão aplicadas pelos tribunais. Seu verdadeiro caráter é o de máximas de moralidade política, que têm mais uma base moral do que jurídica.

A experiência continental mostra que uma constituição que não pode ser imposta judicialmente contém apenas palavras vazias. É o fracasso dos tribunais continentais em afirmar um poder de controle sobre os atos legislativos e executivos que fez da maioria das constituições europeias meros instrumentos de papel. A afirmação pelos tribunais americanos de tal poder de fiscalização garante que a Constituição Federal não sofra um destino semelhante. Portanto, não é apenas a existência de um instrumento orgânico escrito que torna o papel constitucional do juiz nos Estados Unidos de maior importância do que na Grã-Bretanha. É antes o fato de o Judiciário americano ser considerado como um dos três ramos coordenados do Governo Federal, não tão dependente do legislativo ou do executivo, que lhe permitiu afirmar o poder de controle que tão acentuadamente diferencia o sistema constitucional americano daqueles que prevaleceram na Grã-Bretanha e no Continente.¹⁴²

sucumbir diante do poder do monarca. E à vista dessas premissas, conclui Lassalle que: “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Trad. Antônio Roberto Hildebrandi. 1ª edição – 4ª tiragem, Leme: EDIJUR, 2020, pp. 51, 57 e 61.

¹⁴² SCHWARTZ, Bernard. *American constitutional law*. Cambridge: University Press, 1955, pp. 125-126. No original: “Ever since de Tocqueville, outside observers have emphasized the primordial role of the judge in American society. Nor is this role based exclusively upon the fact that the Constitution of the United States, unlike that in Britain, is a written instrument. Most of the countries of Continental Europe have written constitutions; yet in none of them has the judge attained anything like the *status* of his American *confrère*. From a practical point of view, the situation in such Continental countries is system of any basically like that in Britain because of the lack in their effective judicial control of the constitutionality of the laws enacted by the legislature. The restrictions placed upon the legislature under most Continental constitutions are not, in reality, laws since they are not rules which in the last resort will be enforced by the courts. Their true character is that of maxims of political morality, which have more a moral than a legal basis.”

‘The Continental experience shows that a constitution which cannot be judicially enforced contains but empty words. It is the failure of Continental courts to assert a power of review over legislative and executive acts that has made most European constitutions mere paper instruments. The assertion by the American courts of such a power of review ensures that the Federal Constitution does not suffer a similar fate. It is thus not the existence alone of a

O reconhecimento da necessidade de um poder jurisdicional que exercesse a fiscalização da constitucionalidade das leis não passou despercebida na Áustria a partir da transição para a segunda metade do Século XIX. Deveras, o “ciclo de revoluções” no continente europeu no período conturbado dos anos 1848-1849, também atingiu o Império Austríaco, então sob o reinado do imperador Ferdinando I. Como medida inicial para conter o avanço revolucionário, o Ministro do Interior, Franz Xaver von Pillersdorf (Baron Pillersdorf), promulgou a Constituição de 25 de abril de 1848, conhecida como “Constituição Pillersdorf”. Aquela lei fundamental teria uma existência fugaz, encontrando sua derrocada já em 16 de maio daquele mesmo ano. O órgão legislativo (*Reichstag*), de composição bicameral, criado pelo Texto Constitucional, adotou para a tarefa de elaborar uma nova constituição ao país por meio de uma comissão. Diante das convulsões sociais que assolavam a capital Viena, a assembleia (*Reichstag*) foi instalada na cidade de Kremsier, na região da Bohemia (atualmente na região da Morávia do Sul, na República Tcheca). Por essa circunstância, a proposta de constituição oferecida pela sua comissão ganhou a alcunha de “Projeto Kremsier”, que, a partir de construções doutrinárias do período, previa a criação do Tribunal Supremo do Império (*oberstes Reichsgericht*), dotado de funções constitucionais específicas. A esse novo tribunal eram previstas competências, por exemplo, para o julgamento de demandas que tivessem por objeto conflitos de atribuições entre órgãos ou autoridades administrativas do Governo Central e das Províncias e as que discutissem pleitos de ressarcimento por violações de direitos subjetivos constitucionais perpetradas por agentes públicos.¹⁴³

Contudo, o “Projeto Kremsier” jamais chegou a entrar em vigor, uma vez que a assembleia (*Reichstag*) acabou por ser dissolvida em 04 de março de 1849, antes mesmo de aprovar aquele projeto, notadamente pela ação do Ministro-Presidente Felix de Schwarzenberg, chefe do governo do então novo e jovem Imperador Francisco José I. Com isso, o projeto de constituição de Kremsier dava lugar, naquele momento, à “Constituição de março”, outorgada pelo monarca e que tinha caráter mais centralizador. A Carta de 1849, entretanto, não logrou êxito em obter maior efetividade, restando praticamente inaplicada, vindo a ser revogada em 31 de dezembro de 1851 pelo ato denominado “Patente de São Silvestre”, voltando o Império

written organic instrument which makes the constitutional role of the judge in the United States of greater consequence than it is in Britain. It is rather the fact that the American judiciary is looked upon as one of the three co-ordinate branches of the Federal Government, not as dependent upon the legislature or the executive, that has enabled it to assert the power of review which so sharply differentiates the American constitutional system from those which have prevailed in Britain and the Continent.”

¹⁴³ CRUZ VILLALON, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidade* (1918-1939). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 234.

Austro-Húngaro a um regime absoluto e centralizado.¹⁴⁴ Posteriormente, o regime austríaco enfrentou idas e vindas de diplomas constitucionais.¹⁴⁵

Após perdas em conflitos militares, viu-se o Governo austríaco compelido a fazer concessões à Hungria em 1867. Em dezembro do mesmo ano, o órgão representativo estatal, agora denominado *Reichsrat*, aprovou leis fundamentais concernentes a direitos dos cidadãos, à criação de um Tribunal do Império, bem como à disciplina do Poder Judiciário e ao exercício das funções governamentais e executivas.¹⁴⁶ Esse conjunto de leis fundamentais aprovadas nos estertores do ano de 1867 recebeu a alcunha de “Constituição de dezembro”. Sobre o contexto, assinala PEDRO CRUZ VILLALON:

A monarquia austro-húngara somente alcança uma relativa estabilidade, como monarquia constitucional, no ano de 1867, por meio dos acordos que regulam a situação da metade húngara da monarquia e das “leis fundamentais do Estado” de dezembro do mesmo ano, pela que se vai reger a outra metade do império, o chamado Reich “cisleithano”.

Esta Constituição de 1867 não é, em si mesma, senão uma reforma de uma das diversas Constituições outorgadas na Áustria, com duração efêmera, desde 1848, e da qual conserva importantes elementos, a chamada “Patente de Fevereiro”, de 1861.¹⁴⁷

Em relação especificamente ao poder judicial de controle de constitucionalidade das leis, o art. 7º da Constituição de 1867 deixou expresso que aos juízes era defeso conhecer da validade das leis corretamente promulgadas. Detinham competência, contudo, para julgar a validade de atos regulamentares no curso do processo judicial (em caráter difuso e incidental, portanto). Significa dizer, portanto, que, “[e]m relação às leis”, pontua PEDRO CRUZ VILLALON,

¹⁴⁴ CRUZ VILLALON, *op. cit.*, pp. 234-235; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôlo da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 33; CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução à edição brasileira. In Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição – reimp., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. XI; LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. *A desjudicialização da política e a desconstitucionalização do STF*. 2010. 141f. Tese de doutorado – UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 54. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/15463>. Acesso em: 12 de julho de 2022.

¹⁴⁵ Sobre o tema, ver: CRUZ VILLALON, *op. cit.*, pp. 235-236.

¹⁴⁶ Segundo relata Pedro Cruz Villalon: “La Constitución austríaca de 1867, de aplicación únicamente al Reich ‘cisleithano’, la integran cinco ‘Leyes Fundamentales del Estado’ (Staatsgrundgesetze), de 21 de diciembre (Dezemberverfassung). Son las siguientes: 1. Ley de reforma de la Ley de representación del Reich de 26 de febrero de 1861; 2. Ley sobre los derechos generales de los ciudadanos; 3. Ley sobre el Tribunal del Reich (Reichsgericht); 4. Ley sobre el poder judicial. 5. Ley sobre el ejercicio de la potestad de gobierno y ejecución. No tiene, por el contrario carácter de Ley Fundamental la ley por la que se aprueba la gestión de los asuntos comunes con la corona de Hungría (Delegationsgesetz).” (*Op. cit.*, p. 237)

¹⁴⁷ CRUZ VILLALON, *op. cit.*, p. 233. No original: “La monarquía austro-húngara sólo alcanza una relativa estabilidad, como monarquía constitucional, en el año 1867, a través de los acuerdos que regulan la situación de la mitad húngara de la monarquía y de las ‘leyes fundamentales del Estado’ de diciembre de este mismo año, por la que se va a regir la otra mitad del imperio, el llamado Reich ‘cisleithano’.”

“Esta Constitución de 1867 no es, en sí misma, sino una reforma de una de las diversas Constituciones otorgadas que se dictan en Austria, con duración efímera, desde 1848, y de la que conserva importantes elementos, la llamada ‘Patente de Febrero’, de 1861.”

“nenhum Tribunal podia examinar outra coisa que não fosse a sua correta promulgação. Qualquer lei corretamente promulgada havia de ser considerada como válida”.¹⁴⁸

Em 1885, GEORG JELLINEK viria a publicar escrito em defesa de um controle de constitucionalidade substancial (ou material) das leis e da atribuição dessa função ao Tribunal do Império (*Reichsgericht*).¹⁴⁹ Assim, defende que, para proteção da constituição, “[a] solução mais simples, como parece, seria o reconhecimento do direito ao controle judicial substantivo”. O problema na adoção dessa prática residiria, contudo, no modelo a ser adotado e na extensão do exercício desse poder. Conforme assinalava JELLINEK: “Significativos em número e valor são os expoentes da doutrina jurídica e constitucional que se pronunciam a favor de um direito incondicional de revisão judicial”. Contudo, o jurista alemão destacava desvantagens da adoção do modelo de controle irrestrito pelo judiciário, tendo em vista que “além das vantagens deste sistema, deve-se levar em conta também as desvantagens e dificuldades que surgiriam em nosso sistema jurídico”.¹⁵⁰ Assim, reporta-se à doutrina de Paul Laband para apresentar as desvantagens que a adoção do modelo de amplo controle judicial de constitucionalidade das leis traria ao sistema austríaco:

Uma lei não pode ser ao mesmo tempo não obrigatória para os tribunais e obrigatória para todas as outras autoridades e juízes, mas só pode ser absolutamente, isto é, para todos aqueles que estão sob sua soberania, válidas ou inválidas. Não é necessário expor que desvantagem política, que violação da segurança jurídica, que perigo para o ordenamento jurídico estaria relacionado com o princípio segundo o qual todos devem, em todos os casos, comprometer-se a examinar por sua conta e risco se uma lei foi adoptada em de acordo com a Constituição.¹⁵¹

Assim sendo, JELLINEK, reforçando suas preocupações, salientava o risco de o judiciário invadir temas eminentemente internos ao poder legislativo, bem como destacava as

¹⁴⁸ CRUZ VILLALON, *op. cit.*, pp. 234.

¹⁴⁹ JELLINEK, Georg. *Una corte costituzionale per l'Austria*. Trad. Elisabetta Palici di Suni. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, originalmente publicado: JELLINEK, Georg. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien: Alfred Hölder, 1885. Texto em alemão disponível para leitura nos seguintes endereços eletrônicos: i) <https://archive.org/details/einverfassungsg00jellgoog/mode/2up>. Acesso em 26/12/2022; e ii) https://openlibrary.org/books/OL23436096M/Ein_Verfassungsgerichtshof_f%C3%BCr_%C3%96sterreich. Acesso em 26/12/2022.

¹⁵⁰ JELLINEK, *op. cit.*, p. 67. No original da tradução italiana: “La soluzione più semplice, come sembra, poggerebbe sul riconoscimento del diritto di sindacato giurisdizionale sostanziale. (...) Rilevanti per numero e valore sono gli esponenti della dottrina giuridica e costituzionale che si esprimono a favore di un incondizionato diritto di sindacato giudiziario. (...) Ma accanto ai vantaggi che derivano da questo sistema, sono anche da tenere in considerazione gli svantaggi e le difficoltà che si produrrebbero nel nostro ordenamento giuridico”.

¹⁵¹ LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Tübingen, 1876, p. 45. *Apud* JELLINEK, *op. cit.*, p. 68. No original da tradução italiana: “Una legge non può essere nello stesso tempo non obbligatoria per i tribunali e obbligatoria per tutte le altre autorità e sudditi, ma può essere solo assolutamente, e cioè per tutti coloro che stanno sotto la sua sovranità, o valida o invalida. Non occorre esporre quale svantaggio politico, quale lesione della certezza del diritto, quale pericolo per l'ordinamento giuridico sarebbero connessi con il principio secondo cui ognuno dovrebbe in tutti i casi occuparsi di esaminare a proprio rischio se una legge è stata adottata in modo conforme alla Costituzione”.

dificuldades práticas que os juízes teriam para revisar os debates parlamentares que inspiraram a lei impugnada. Expôs a necessidade de preservação da autoridade legislativa, ressaltando que mesmo os mais fervorosos defensores do amplo controle judicial também repeliavam o seu exercício sobre temas que dissessem respeito à sua formação, funcionamento e disciplina. Dessa forma, diante da ausência de possibilidade jurídica, no então Direito austríaco, de os juízes realizarem esse controle, sugeria JELLINEK a criação de uma instância judicial com poder de exercer, mediante provocação de uma minoria parlamentar, o controle preventivo de constitucionalidade das proposições legislativas, acarretando a suspensão do processo legislativo enquanto se aguardasse a sua decisão. Essa medida, argumentava, não representaria qualquer ameaça aos órgãos representativos e teria o benefício de impedir que a proteção da constituição ficasse ao alvedrio da figura política do presidente ou das paixões partidárias. Cumpre transcrever, por relevantes, os seguintes trechos da obra de GEORG JELLINEK:

Não desejo repetir as numerosas objecções que foram feitas por muitos outros contra o direito de revisão judicial. Pode-se apenas insinuar que, mesmo que houvesse um direito substantivo de revisão judicial, este dificilmente poderia relacionar-se com os casos aqui tratados. Pois ainda que se vá mais longe ao argumentar com Gneist que a verificação da conformidade dos procedimentos das Câmaras com a Constituição adentre no âmbito interno da composição colegiada do Parlamento, é claro, de qualquer forma, que o juiz dificilmente poderia chegar a uma determinada decisão sobre os debates parlamentares muitas vezes já distantes no tempo. Não se trata de iniciar uma investigação formal nas Câmaras ou convocá-las *in corpore* para depor perante um tribunal. Tal procedimento judicial não favoreceria a autoridade do poder legislativo. Os mesmos defensores incondicionais do direito de revisão judicial das leis negam a admissibilidade do conhecimento das questões que se referem à formação das Câmaras, à legitimidade dos membros, ao cumprimento do regulamento parlamentar.

Se não for possível ao juiz decidir de *lege lata*, resta apenas uma possibilidade de assegurar a observância pelos órgãos representativos das formas constitucionalmente prescritas: a instauração de uma instância judicial de *lege ferenda*. Conceder a uma minoria o direito de submeter ao Tribunal a questão de saber se num determinado caso estão contidas disposições inconstitucionais num projeto de lei seria uma solução que, sem uma profunda alteração da Constituição, não traria em si nenhuma das desvantagens que derivam de um direito de revisão judicial das leis

Tal tribunal teria mais o caráter de um tribunal de arbitragem do que um tribunal exercendo *imperium* estatal. Tal como na decisão arbitral, em que os contendores apelam para a decisão imparcial de um terceiro, também neste caso as partes recorreriam para uma entidade que lhes seria estranha. Uma instituição desse tipo não seria de forma alguma prejudicial para os órgãos representativos. Nos dias de hoje, vemos que nos conflitos internacionais a decisão arbitral assume um papel cada vez mais importante. Se até as grandes potências não sentem que sua soberania é diminuída ao serem submetidas a uma decisão arbitral, então os órgãos representativos podem ainda mais tranquilamente optar por ela como instrumento de solução de conflitos internos. Isso não implica uma redução de direitos, mas sim uma garantia de que o direito e a obrigação de proteger a Constituição não sejam deixados à vontade de um Presidente, normalmente eleito apenas pelo partido maioritário, ou à paixão partidária.

O pedido de manifestação do Tribunal sobre a questão da competência deve interromper automaticamente o processo de aprovação do projeto. Quando o caso é a ele submetido, o Tribunal deve reunir-se imediatamente para discussão e emitir sua

decisão no menor tempo possível, para evitar uma longa interrupção das atividades do legislador.¹⁵²

Sem embargo, a criação de uma instância judiciária especial de controle substancial e preventivo de constitucionalidade das leis não significaria, necessariamente, a criação de um novo órgão estrutura do judiciário austríaco, buscando JELLINEK atribuir essa função a algum órgão já existente. Tratar-se-ia, assinalava o mestre alemão, de observar o princípio presente na moderna organização administrativa da “econômica distribuição das funções judiciárias e administrativas”, sendo uma necessidade evitar a criação de novos órgãos. Ao examinar a estrutura judiciária então existente, almejava encontrar aquele que melhor pudesse receber essa nova incumbência:

Se examinarmos os tribunais austríacos, verificaremos que não há falta de tribunais independentes e irrecuráveis. Para além do Tribunal Superior de Justiça e de Cassação, o Tribunal Superior Fiscal e o Senado Superior de Justiça Militar, funcionam como tribunais de direito público o Tribunal do Estado (Staatsgerichtshof), o Tribunal Imperial (Reichsgericht), o Tribunal Administrativo, bem como um Tribunal estabelecido caso a caso para decidir conflitos de jurisdição entre o Tribunal Imperial e o Tribunal Administrativo. As considerações mais simples da economia organizacional exigem que um oitavo tribunal seja acrescentado aos sete tribunais mais altos apenas se os atuais se revelarem absolutamente inadequados.

¹⁵² JELLINEK, *op. cit.*, pp. 68-69. No original da tradução italiana: “Io non voglio ripetere le numerose obiezioni che sono state fatte da molti altri contro il diritto di sindacato giudiziario. Si potrebbe solo accennare che se anche esistesse un diritto sostanziale di sindacato giudiziario, esso potrebbe difficilmente riferirsi ai casi qui trattati. Poiché se anche si va troppo oltre sostenendo con Gneist che la verifica da parte delle Camere della conformità alla Costituzione delle procedure rientri negli *internis* della composizione collegiale del Parlamento, è comunque chiaro che il giudice difficilmente potrebbe giungere ad una decisione certa sui dibattiti parlamentari spesso ormai lontani nel tempo. Non si tratta di iniziare un’indagine formale sulle Camere o citarle *in corpore* a testimoniare di fronte ad un tribunale. Una procedura giudiziaria di questo tipo non favorirebbe l’autorità del potere legislativo. Gli stessi incondizionati fautori del diritto di sindacato giudiziario sulle leggi negano l’ammissibilità della cognizione delle questioni che si riferiscono alla formazione delle Camere, alla legittimazione dei membri, all’osservanza del regolamento parlamentare.”

‘Se non è possibile far decidere il giudice *de lege lata*, rimane una sola possibilità per assicurare l’osservanza delle forme costituzionalmente prescritte da parte dei corpi rappresentativi: l’introduzione di un’istanza giudiziaria *de lege ferenda*. Attribuire ad una minoranza il diritto di sottoporre ad una Corte la questione se in un dato caso siano contenute in una proposta di legge disposizioni incostituzionali sarebbe una soluzione che, senza una profonda modifica della Costituzione, non porterebbe in sé nessuno degli svantaggi che derivano da un diritto di sindacato giudiziario sulle leggi.’

‘Un tale tribunale avrebbe più il carattere di un tribunale di arbitrato che del tribunale che esercita un *imperium* statale. Come nella decisione arbitrale i contendenti si appellano alla decisione imparziale di un terzo, così, anche in questo caso, i partiti si rivolgerebbero ad un’entità estranea ai partiti. Un’istituzione di questo tipo non sarebbe in alcun modo dannosa nei confronti dei corpi rappresentativi. Ai nostri giorni noi vendiamo che nei conflitti internazionali assume un ruolo sempre più rilevante la decisione arbitrale. Se persino le grandi potenze non ritengono che la loro sovranità sia sminuita dalla sottoposizione ad una decisione arbitrale, così i corpi rappresentativi possono scegliere ancora più tranquillamente questo come strumento per la soluzione dei conflitti al loro interno. Ciò non implica una minorazione dei propri diritti, ma piuttosto una garanzia che il proprio diritto e il proprio obbligo di custodire la Costituzione non restino abbandonati all’arbitrio di un Presidente, che normalmente viene eletto solo dal partito di maggioranza, e alla passione di parte.’

‘La richiesta di una pronuncia da parte della Corte sulla questione di competenza dovrebbe automaticamente interrompere il procedimento di approvazione del progetto di legge. Quando le viene sottoposto il caso, la Corte dovrebbe subito riunirsi per la discussione ed emanare la sua decisione entro un tempo più breve possibile, per evitare una lunga interruzione delle attività del legislatore”.

Dos tribunais enumerados, apenas o Tribunal do Estado e o Tribunal do Império podem ser *a priori* considerados. Os outros tribunais são confiados a funcionários assalariados que não possuem o elevado grau de independência em relação ao governo que os membros de um tribunal constitucional deveriam possuir.¹⁵³

Opondo-se a conferir tais atribuições ao Tribunal do Estado, por entender que historicamente não era dotado de suficiente independência do Senado Imperial, defendeu o jurista alemão que a única e natural escolha seria o Tribunal do Império (*Reichsgericht*), inclusive pela sua própria história e pelas razões de sua criação, remontando às discussões da Comissão Constitucional da Câmara dos Representantes. E, assim, JELLINEK defende que sejam atribuídas ao Tribunal do Império as atividades da justiça constitucional, à semelhança do exemplo de instituições estrangeiras similares, como a Suprema Corte americana, o Tribunal Federal suíço ou o antigo Tribunal do Império Alemão. Convém consignar essa passagem de sua obra:

O Tribunal do Estado, estabelecido alguns meses antes da revisão da Constituição de 21 de dezembro de 1867, dificilmente teria adquirido uma existência independente se a “Lei de Responsabilidade Ministerial” tivesse sido aprovada ao mesmo tempo que a Lei Fundamental. Ao lado do Tribunal do Império, tem uma justificação lógica e histórica, como será demonstrado mais tarde. No que diz respeito à sua organização, está decididamente em desacordo com os princípios que regem o estabelecimento de tribunais no Estado de direito. Os juízes são eleitos pelo Senado Imperial apenas para a duração de seis anos – a duração da sessão. Isto viola o princípio, que protege a independência dos juízes, da titularidade vitalícia dos cargos judiciais. Mesmo que os juízes não pertençam ao Senado Imperial, é de fato claro que a este tribunal serão enviadas apenas as pessoas leais ao partido majoritário, de modo que o Tribunal do Estado não é uma autoridade apartidária, mas – independentemente das mudanças resultantes de uma dissolução da Câmara dos Representantes – reflete fielmente as opiniões políticas da maioria do Senado do *Reich* naquele momento. O Tribunal do Estado não parece, portanto, ser adequado para atuar como Corte Constitucional nos casos acima examinados.

Isso faz restar apenas o Tribunal do Império. E, de facto, se se analisar a história da formação deste tribunal e as suas competências atuais, não se pode duvidar que, entre os tribunais hoje existentes, é o único adequado para desempenhar as funções de uma Corte Constitucional.

O relatório da Comissão Constitucional da Câmara dos Representantes sobre o projeto de Lei de Fundamental sobre a instituição de um Tribunal do Império chama a atenção para a necessidade de criar um órgão “que, independentemente de influências externas, faça cumprir, de acordo com seu livre convencimento, o direito onde pareça estar ameaçado na sua aplicação pela predominância de influências administrativas e considerações estatais de vantagem”. O relatório recorda várias tentativas feitas noutros Estados e na Áustria para criar organismos que, fora da

¹⁵³ JELLINEK, *op. cit.*, p. 101. Na tradução italiana: “Se esaminiamo i tribunali austriaci, troviamo che non mancano certo corti indipendenti inappellabili. Accanto alla Corte superiore di Giustizia e di Cassazione, al Tribunale tributario superiore e al Senato superiore di Giustizia militare, sono in funzione come corti di diritto pubblico la Corte di Stato (Staatsgerichtshof), il Tribunale dell'Impero (Reichsgericht), la Corte amministrativa, oltre ad una Corte istituita caso per caso per la decisione dei conflitti di competenza tra il Tribunale dell'Impero e la Corte amministrativa. Le più semplici considerazioni di economia organizzativa esigono di aggiungere alle sette più alte corti un'ottava solo se quelle presenti dovessero dimostrarsi assolutamente inadatte.”

“Tra i tribunali enumerati possono venire a priori in considerazione solo la Corte di Stato e il Tribunale dell'Impero. Gli altri tribunali sono affidati a funzionari stipendiati, privi di quell'alto grado di indipendenza nei confronti del Governo che dovrebbero possedere i membri di un tribunale costituzionale”.

Áustria, já conduziram a instituições estáveis em vários casos. Entre eles são relatados: a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o Tribunal Federal Suíço, o Tribunal do Antigo Império Alemão, e, finalmente, o Tribunal do Império no projeto constitucional de Kremsier e a Constituição Austríaca de 4 de março de 1849.

A maioria das instituições mencionadas teve ou têm direito à justiça constitucional no mesmo sentido do que foi discutido aqui. Vale a pena dar uma olhada nelas, pois assim se dá a demonstração de que o controle judicial das competências legislativas faz parte daquelas ideias que estiveram na origem do Tribunal do Império.¹⁵⁴

Analisando esse período histórico da Áustria oitocentista, abrangendo a transição da natimorta Constituição de 1849 ao novo texto de 1867 e até a Primeira Guerra, consigna SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, fundado nas ensinanças de Charles Eisenmann, que a Corte Constitucional austríaca que viria a ser estabelecida pela Constituição de 1920 era não mais do que fruto da conversão do referido Tribunal do Império (*Reichsgericht*):

Essa Carta [de 1849] jamais se aplicou, foi ab-rogada em dezembro de 1851 e substituída em 1867 por algumas leis fundamentais, entre elas a de 21 de dezembro, que criou um Tribunal do Império; segundo a lei de organização e funcionamento desse *Reichsgericht*, editada em abril de 1869, competia-lhe julgar conflitos de órgãos provinciais entre si e com as autoridades imperiais, assim como recursos dos súditos por violações de seus direitos políticos garantidos constitucionalmente, faltando-lhe porém competência para anular qualquer disposição legal. (...)

Essa era a situação vigente até o fim da Primeira Guerra em 1918, o tratado de S. Germain, e as leis constitucionais provisórias que antecederam a Constituição austríaca de 1920. A lei editada em 25 de janeiro de 1919, sem mudar-lhe a competência, deu ao Tribunal Imperial o nome de Corte Constitucional, atendendo, assim, parcialmente, ao pleito de G. Jellinek, que em 1885, no opúsculo intitulado

¹⁵⁴ JELLINEK, *op. cit.*, pp. 102-103. Na tradução italiana: “La Corte di Stato, istituita alcuni mesi prima della revisione della Costituzione del 21 dicembre 1867, difficilmente avrebbe acquistato un'esistenza indipendente, se fosse stata approvata contemporaneamente come legge fondamentale la legge sulla responsabilità ministeriale. Accanto al Tribunale dell'Impero essa ha una giustificazione sia logica che storica, come si mostrerà più tardi. Per ciò che riguarda la sua organizzazione, essa si pone decisamente in contrasto con i principi che regolano l'istituzione dei tribunali nello Stato di diritto. I giudici sono eletti dal Senato imperiale solo per la durata di sei anni - la durata della sessione. Con ciò è violato il principio, che tutela l'indipendenza del giudice, della durata a vita delle cariche giudiziarie. Anche se i giudici non appartengono al Senato imperiale, è infatti chiaro che in questo tribunale vengono inviate solo persone fedeli al partito di maggioranza, cosicché la Corte di Stato non è un'autorità apartitica, ma - a prescindere dai cambiamenti che derivano da uno scioglimento della Camera dei rappresentanti - riflette piuttosto fedelmente le opinioni politiche della maggioranza del Senato del Reich del momento. La Corte di Stato non appare pertanto idonea ad operare come Corte costituzionale nei casi innanzi esaminati.”

‘Resta quindi solo il Tribunale dell'Impero. E di fatto, se si analizzano la storia della formazione di questo tribunale e le sue attuali competenze, non si può dubitare che, tra le corti oggi esistenti, sia l'unica idonea a svolgere le funzioni di una Corte costituzionale.’

‘La relazione della Commissione costituzionale della Camera dei rappresentanti sul progetto di legge fondamentale sull'istituzione di un Tribunale dell'Impero richiama l'attenzione sulla necessità di istituire un organo “che, indipendente da influenze esterne, faccia valere secondo liberi convincimenti il diritto dove esso appare minacciato nella sua applicazione dal predominio di influenze amministrative e di considerazioni statali di vantaggio”. La relazione richiama diversi tentativi fatti in altri Stati e in Austria per creare istanze, che fuori dell'Austria hanno già condotto in più casi a istituzioni stabili. Fra di esse vengono segnalate: la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, il Tribunale federale svizzero, il Tribunale dell'antico Impero tedesco e infine il Tribunale dell'Impero nel progetto costituzionale di Kremsier e nella Costituzione austriaca del 4 marzo 1849.

Alla maggior parte delle citate istituzioni spettava o spetta una giustizia costituzionale in senso analogo a quanto si è qui discusso. Merita gettare uno sguardo su di esse, perché in questo modo si fornisce la dimostrazione che il sindacato giudiziario sulle competenze legislative fa parte di quelle idee che furono all'origine del Tribunale dell'Impero”.

“Uma alta corte constitucional para a Áustria”, havia sugerido o alargamento dos poderes do Tribunal Imperial e sua transformação em verdadeira corte constitucional.¹⁵⁵

Deveras, a reconstrução histórica até aqui delineada permite a constatação de que a celebrada Corte Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof*), criada pela Constituição de 01º de outubro de 1920, tem raízes mais longevas e profundas do que costumeiramente se afirma, sendo mais remotas do que a proposta trazida por Hans Kelsen. De fato, o renomado jurista, antes de inventor de um novo modelo, é herdeiro direto dos debates que se arrastavam no Direito austríaco ao longo de toda a segunda metade do Século XIX. “O modelo se insere, em boa medida”, conforme assinala PEDRO CRUZ VILLALON, “como um elemento suplementar no conjunto de uma jurisdição constitucional da monarquia”.¹⁵⁶ As fundações já estavam postas para que Kelsen pudesse, enfim, fazer instituir de forma plena a justiça constitucional austríaca e, com ela, o modelo consagrado de controle concentrado de constitucionalidade. Veja-se, inclusive, que o próprio KELSEN assinala que a Corte Constitucional criada pela Constituição de 1920 é sucessora do referido Tribunal do Império (*Reichsgericht*), deste herdando suas funções políticas e jurídicas de estatura constitucional. Conforme escólio do mestre da Escola de Viena:

A clara distinção entre jurisdição constitucional e administrativa feita pela Constituição austríaca, que destina a essas duas funções duas cortes diferentes, tem provavelmente explicação em que a Constituição – recebendo a herança da velha Áustria – encontrou-se com os dois tribunais já prontos, e no empenho por conservar instituições antigas e testadas, não viu motivo para unificá-los. Também deve ter sido decisivo o fato de que já o velho Tribunal do Império [*Reichsgericht*], cujo continuador foi a Corte Constitucional, oferecia aos partidos políticos a possibilidade de uma influência proporcional na sua composição, o que, em relação às suas competências de grande relevo político, como a proteção de direitos garantidos constitucionalmente, em particular o direito de voto, tinha suma importância. Como pelo menos uma parte dos membros da Corte Constitucional é de fato nomeada com base na indicação dos partidos políticos, esse órgão adquire um caráter arbitral.¹⁵⁷

Pretendeu-se, com isso, demonstrar o argumento inicial desta seção, no sentido de que a criação da Corte Constitucional austríaca com a Constituição de 1920 não significou um estalo de inovação, como se se criasse do nada um novo e impensado modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Pelo contrário, consubstanciou um fator de consolidação de um longo percurso do pensamento teórico e de uma prática jurídica que vieram se desenvolvendo ao longo

¹⁵⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução à edição brasileira. In KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição – reimp., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, pp. XI e XII.

¹⁵⁶ CRUZ VILLALON, *op. cit.*, p. 232.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição – reimp., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, pp. 17-18.

de décadas no contexto austríaco – sem se descuidar, ainda, de experiências paralelas e sem direta conexão em outras partes do globo.¹⁵⁸

Sem prejuízo desse contexto histórico e teórico que antecede a construção do modelo kelseniano de justiça constitucional, não se pode deixar de reconhecer a valiosa contribuição de Hans Kelsen para uma virada no constitucionalismo que se desenvolveu na Europa Continental. Deveras, se o século XIX não foi favorável ao desenvolvimento da supremacia da Constituição e do controle de constitucionalidade da legislação, deve-se ressaltar que o começo do século XX trouxe um novo panorama político e social, em que a crença e o entusiasmo com a crença na racionalidade das leis. O período foi marcado pelo fim das monarquias em alguns países europeus, dando ensejo à implantação de repúblicas fundadas em constituições. Nesse momento, foi forte influência da doutrina kelseniana que propugnava a criação de um órgão específico e fora dos demais poderes que fizesse o controle de constitucionalidade em caráter exclusivo. Nesse sentido, conforme lição de RAUL MACHADO HORTA:

¹⁵⁸ A propósito desse apanhado histórico que se pretende empreender, pode-se ir além, consignando exemplos de esboços de um controle concentrado de constitucionalidade que, a despeito de não terem exercido influência direta nas formulações kelsenianas de jurisdição constitucional, são experiências que antecedem a criação da Corte Constitucional austríaca.

Merecem referência antecedentes históricos do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no contexto do continente latino-americano que não costumam ser lembrados. Cabe citar, nessa linha, que a Constituição da Venezuela de 1858 trouxe previsão do controle abstrato de constitucionalidade por meio de ação popular, estabelecendo a competência exclusiva da Suprema Corte para declarar nulas as leis dos Parlamentos das Províncias (art. 133, n. 8). Esse modelo venezuelano, conforme leciona André Ramos Tavares, foi caracterizado por: i) ação pela via principal; ii) ação popular; e iii) controle das leis das províncias. Outrossim, tem-se que na Bolívia, com a Constituição de 1851, foi inserida a previsão da cláusula de supremacia constitucional, sem, contudo, que houvesse repercussão prática. Posteriormente, com a Constituição de 1861, inseriu-se a previsão de competência da Corte de Cassação para o exercício do controle abstrato das leis, que, no entanto, teve problemas de ser compreendido e aceito. Nessa mesma linha, a Constituição de 1878 atribuiu à Corte Suprema a competência para o controle abstrato das leis (TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional – originalidades históricas e tipicidade latino-americana. Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*, Belo Horizonte, ano 8, n° 29, pp. 245-262, mai/ago. 2014, pp. 248-252).

Além disso, antes do constitucionalismo, cabe reiterar a citada *graphe paranómon* do direito ateniense, enquanto ação que tinha por escopo a declaração de ilegalidade de ato normativo inferior, bem como a condenação dos responsáveis pela elaboração do ato e até mesmo daquele responsável por colocar o projeto em deliberação, possuía um procedimento próprio, sendo julgada pelo Tribunal da Heliéia (*Heliea*). O trâmite do procedimento decorrente dessa ação é detalhado por Héctor Rodolfo Orlandi, que assinala que qualquer cidadão poderia formular a denúncia por escrito e dirigi-la à Assembleia Popular (*Ecclesia*) ou ao Tribunal da Heliéia (*Heliea*), cabendo indicar qual ato ou proposta de ato inquinava de ilegal (objeto), bem como qual lei houvera sido violada (parâmetro). À Eclésia era possível a expedição de decisão provisória, suspendendo a deliberação do projeto ou os efeitos do ato já promulgado. O julgamento do mérito da ação ocorria no Tribunal da Heliéia (*Heliea*), composta por 6.000 (seis mil) jurados convocados. O denunciante que não obtivesse pelo menos um quinto dos votos favoráveis estava sujeito ao pagamento de multa. O projeto ou ato normativo podia ser denunciado sob a alegação de ilegalidade formal (procedimental) e/ou material (conteúdo). Vale dizer: o projeto ou ato era passível de controle em relação ao seu processo de formação (vício formal ou dinâmico), bem como em relação ao seu conteúdo contrastar com as leis vigentes (vício material ou estático). A decisão da Heliéia tinha o condão de anular o projeto ou ato normativo, bem como aplicar sanção ao responsável pela propositura, com penas que variavam de multa até a morte. O cidadão condenado por três vezes tinha o seu direito de propositura suspenso. Destaca ORLANDI, ainda, que havia a possibilidade de prescrição para a punição do responsável, sendo imprescritível a pretensão de anulação dos atos normativos ilegais (Sobre o tema, ver ORLANDI, ob. cit., pp. 93-97).

O desfavor inicial do controle da constitucionalidade no regime parlamentar, que é, v.g., traço característico no século XIX, contrasta vivamente com o acolhimento posterior que veio a encontrar, na doutrina e na prática, a partir do pós-guerra de 1918. É o período dos chamados tribunais constitucionais, com estrutura e funcionamento até então desconhecidos, constituindo originais criações dos textos constitucionais da Alemanha, Áustria, Tchecoslováquia, Espanha.¹⁵⁹

A despeito dessas premissas históricas e teóricas que antecederam a efetiva instituição de uma justiça constitucional na Áustria, cabe reconhecer que ainda não estão plenamente estabelecidas as razões que levaram os europeus a adotarem um modelo diferente de controle de constitucionalidade em relação àquele já existente do outro lado do Atlântico Norte. Segue sendo relevante compreender os motivos que conduziram à formulação e modelagem da Corte Constitucional tal qual estabelecidas no texto constitucional de 1920, buscando conhecer as condições particulares que inviabilizavam a simples reprodução do já centenário *judicial review* americano. Assim, caberá aprofundar, nesta feita, o estudo do modelo desenvolvido por Kelsen para a Corte austríaca e as justificativas históricas e teóricas que levaram à necessidade de sua adoção com afastamento do modelo americano.

Tem-se, em primeiro lugar, que pela tradição europeia da rígida separação de poderes, a ideia de submissão de atos do Legislativo, enquanto representante da vontade do povo, ao crivo de um órgão diferente, ainda não era uma ideia tranquilamente aceita. Ao defender o sistema de controle concentrado de constitucionalidade por um Tribunal ou Corte Constitucional, HANS KELSEN pontuava que não haveria violação à soberania do Parlamento, na medida em que a soberania pertencia à ordem estatal e não a um de seus órgãos. Em suas palavras:

Costumam-se fazer objeções a esse sistema. A primeira, naturalmente, é que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, (...) o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração.¹⁶⁰

Ainda, refutando as críticas de que a criação de um Tribunal Constitucional representaria uma afronta à separação de poderes, KELSEN argumenta que não se tratava

¹⁵⁹ HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1953, p. 12.

¹⁶⁰ KELSEN, *op. cit.*, pp. 150-151.

propriamente de uma função judicial, mas parte da própria função legislativa, atuando, então, como mero legislador negativo. Transcreve-se a lição do jurista austríaco:

(...) o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência dos seus membros, é organizado em forma de tribunal. (...) Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”.¹⁶¹

Assim sendo, atente-se que a criação de Tribunais Constitucionais também serviu à manutenção da rígida separação de poderes no continente europeu em relação aos órgãos judiciários ordinários, admitindo-se a exceção apenas e especificamente a essas Cortes ou Tribunais especialmente criadas para a finalidade do controle de constitucionalidade das leis. Com isso, mantém-se, nesse rígido sistema de controle concentrado, a vedação aos juízes e tribunais ordinários de afastar ou anular os atos legislativos, tratando-se de competência reservada apenas ao Tribunal Constitucional. Essa circunstância foi bem percebida por MAURO CAPPELLETTI, cuja lição merece ser reproduzida:

Também nestas modernas Constituições europeias, de fato, vale o tradicional princípio francês que aos juízes vedou o controle sobre a legitimidade constitucional das leis e toda “interferência”, portanto, em relação ao poder legislativo; pelo que, sob este aspecto, também na Áustria, na Itália e na Alemanha, está a salvo o princípio montesquieuiano da nítida separação de poderes do Estado. E, no entanto, enquanto a França não admite derrogações ao princípio, nos outros Países, pode, ao invés, derrogá-lo um órgão, a “Corte Constitucional”, que, como está explicitamente declarado no art. 92 da Constituição de Bonn, pertence ao poder judiciário. Pelo que, sob este aspecto, existe nas mencionadas Constituições europeias e naquelas outras, ainda mais recentes, que lhe seguiram o exemplo – em particular, a Constituição cipriota, a turca e a iugoslava – uma aproximação, ainda que limitada e parcial, ao sistema norte-americano, no qual o controle das leis tem, precisamente, natureza nitidamente judicial.¹⁶²

Nesse mesmo sentido, LOUIS FAVOREU assinala, como primeiro fator para o fracasso nas tentativas de mero transplante do modelo americano ao continente europeu, essa “sacralização da lei”, que parte do “dogma rousseauiano da infalibilidade da lei”, de modo que “[o] reino do Direito era o reino da lei”. Dessa forma, “[n]os Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa é a lei que é sagrada”.¹⁶³

¹⁶¹ Idem, pp. 151-152.

¹⁶² CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 99-100.

¹⁶³ FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 20.

Além dos inconvenientes já apontados, CAPPELLETTI entende que a necessidade de criação de um tribunal específico para o controle da constitucionalidade, ao invés de simplesmente conferir essa atribuição a um órgão de cúpula já existente na estrutura judiciária, deveu-se também à própria característica da magistratura no contexto europeu. Assinala que essa estrutura judiciária era formada por juízes de carreira, cujos hábitos e experiências adquiridos ao longo do tempo estavam vinculados à tarefa de estrita observância, conservação e aplicação das leis. A atividade do juiz constitucional afigurava-se substancialmente diferente, lidando com um novo modelo de normas – as constitucionais – que se traduziam em vetores programáticos que demandavam uma técnica hermenêutica e uma mentalidade diferenciadas e para as quais esses juízes carreiristas não estavam habituados. De acordo com o mestre italiano:

Estes inconvenientes se unem à estrutura do ordenamento judiciário, que, nos sistemas da Europa continental, é, usualmente, constituído por juízes de carreira que entram jovens na magistratura e só em idade avançada (...). Certo é que as normas das Constituições modernas são algo de profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juízes das Cortes Supremas europeias, chegados já ao cume ou ao término de sua longa carreira na magistratura, foram, por decênios, habituados a interpretar, a observar e a fazer observar, com uma técnica hermenêutica que refoge daquele tipo de “policy-making decisions” que estão, inevitavelmente, implicadas, ao invés, em uma atividade de controle da validade substancial das leis e de atuação da norma constitucional. As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a *dizer estaticamente o que é o direito*, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, *diretrizes e programas dinâmicos de ação futura*. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, *as rationes*, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em *uma polêmica contra o passado* e em *um programa de reformas em direção ao futuro*. Disto decorre que a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade a que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz “de carreira”, amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados. A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela mesma natureza desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária, e *lato sensu*, equitativa.¹⁶⁴

Como exemplo disso, CAPPELLETTI ressalta a experiência italiana, no breve interstício ocorrido nos anos 1948-1956, em que a Corte de Cassação, brevemente incumbida da tarefa de exercer a jurisdição constitucional, acabou adotando posturas hermenêuticas que conduziam à inefetividade das normas constitucionais, demonstrando sua dificuldade com o exercício do controle de constitucionalidade. Isso porque, reforça o jurista italiano, “a história secular daquele órgão judiciário, antes de lhe ter servido de benefício, nesta matéria, lhe tenha servido mais facilmente de obstáculo e de incômodo”.¹⁶⁵ Exceção a isso seria o Tribunal Federal suíço

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 88-89. Nesse mesmo sentido, FAVOREU, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 91.

e o sucesso no desempenho da atividade de fiscalização da constitucionalidade, ressalva que, entretanto, confirma a tese, na medida em que a composição do Tribunal helvético dá-se não por juízes de carreira, mas sim por magistrados eleitos pela Assembleia Federal.

Nesse sentido, é precisa a lição de MARCELO FIGUEIREDO ao pontuar que a criação dos Tribunais Constitucionais partiu da perspectiva de duas fontes de legitimidade. Em primeiro lugar, põe-se a necessidade de defesa da Constituição enquanto documento normativo de valor superior, fruto da vontade soberana. O segundo ponto consiste justamente no modelo de escolha dos membros desse tribunal, uma vez que são escolhidos e aprovados pelos próprios órgãos de representação política, isto é, pelos próprios órgãos cujos atos virão a ser controlados e revistos por esses magistrados. Conforme consigna o referido autor:

Em relação à legitimidade dos Tribunais Constitucionais, afirma-se que procedem de dupla fonte. De uma parte, sua tarefa principal consiste na defesa da Constituição, entendida como o conteúdo da decisão soberana de um constituinte democrático; é dizer, impõem o valor superior da Constituição a todos os órgãos do Estado, e eventualmente, aos particulares.

Por outro lado, sobretudo nos países europeus, a legitimidade dos Tribunais Constitucionais em relação ao tema da seleção de seus membros assenta-se em uma legitimidade democrática direta ou indireta, já que seus membros são escolhidos, ou indicados, ou mesmo aprovados pelos órgãos de representação política, Congresso (Parlamento), ou Governo, havendo aí uma sorte de conexão remota que seja da justiça constitucional com a vontade dos cidadãos.¹⁶⁶

Ainda, LOUIS FAVOREU destaca a circunstância da ausência de unidade de jurisdição como fator a contribuir para a impossibilidade de implantação do modelo americano de controle judicial difuso. Nas palavras do mestre francês:

De fato, ao contrário da opinião de Hauriou, a dualidade ou a pluralidade de jurisdições (ver acima) não é uma garantia para o sucesso do implante mas, ao contrário, um fator de fracasso. O sistema de tipo estadunidense só funciona bem onde há unidade de jurisdição, isto é, nos Estados Unidos e nos países com *common law*, porque nestes países não há separação entre os contenciosos e a dimensão constitucional pode estar presente em todos os processos, sem necessitar um tratamento à parte e sem risco de chegar a divergências de opinião sobre a constitucionalidade dos textos fundamentais. A justiça constitucional não se divide; ora ela é difusa, mas no centro de um aparelho jurisdicional único, encabeçado por uma única Corte Suprema; ora ela é concentrada nas mãos de uma jurisdição constitucional única.¹⁶⁷

¹⁶⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 26.

¹⁶⁷ FAVOREU, *op. cit.*, p. 21.

Some-se a isso a ausência de uma “suficiente rigidez” das constituições escritas europeias, que acabavam por admitir que determinadas maiorias parlamentares sobrepujassem o conteúdo da norma constitucional. Constata FAVOREU que:

Podemos constatar que na Alemanha de Weimar, as leis votadas pela maioria prevista no artigo 76 da Constituição permitiam “derrogar materialmente” o texto constitucional em detrimento da proteção dos direitos fundamentais; e um dos comentadores autorizados da Constituição da época “felicitou-se pela pouca rigidez da Constituição”.¹⁶⁸

Um último aspecto – mas não menos relevante – que precisa ser levado em consideração é trazido por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, apontando que a necessidade de criação de um órgão fora do poder judiciário para controle da constitucionalidade não foi um mero acaso, mas uma necessidade do momento por que passava o direito europeu. Para além da histórica desconfiança com os juízes de carreira, Kelsen estava ciente dos riscos representados pelas doutrinas que surgiam na Europa e que pregavam liberar o juiz de observar as leis, bem como pelo receio de que se instalasse um governo de juízes libertos da lei. Desse modo, fazia-se imprescindível que a salvaguarda da Constituição fosse feita por órgão não pertencente à estrutura do Poder Judiciário. Convém consignar as considerações do mestre espanhol:

Procurou-se atenuar, por meio deste sistema tão cuidadosamente articulado, o risco de um governo dos juízes, que, ademais, era então especialmente perigoso na Europa em razão da vigência de dogmas, que naquele momento era aceitam pela doutrina jurídica, como os da Escola Livre do Direito, da *libre recherche* na França, da *Volksgemeinschaft* ou comunidade do povo, o sentimento coletivo etc., que pretendiam liberar, de certa maneira, os juízes da observância da lei. Este risco é o que o sistema kelseniano buscava evitar, estabelecendo como principal postulado a submissão dos juízes a todas as leis, sem prejuízo de que unicamente o Tribunal Constitucional pudesse eliminar do sistema, sempre de forma *ex nunc*, como notamos, as leis supostamente incompatíveis com a Constituição.¹⁶⁹

A par dessas razões de ordens política, histórica e teórica, não se pode deixar de anotar as razões de ordem prático-processuais que igualmente exigiram a formulação de um modelo

¹⁶⁸ FAVOREU, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Controle de constitucionalidade na Europa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XX, nº 84, pp. 05-09, out./dez. de 1987, p. 6. Tradução nossa. No original: “Se ha querido paliar a través de este sistema tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además, entonces era especialmente peligroso en Europa por la vigencia, que en aquel momento la doctrina jurídica acepta, de dogmas como los de la Escuela Libre del Derecho, la **libre recherche** en Francia, la *Volksgemeinschaft* o comunidad del pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar en cierta manera a los jueces de la observancia de la ley. Este riesgo es el que el sistema kelseniano intenta evitar estableciendo como postulado capital la sumisión de los jueces a todas las Leyes, sin perjuicio de que únicamente el Tribunal Constitucional pueda eliminar del sistema, siempre **ex nunc**, como hemos notado, las leyes supuestamente incompatibles con la Constitución”.

diferente de controle de constitucionalidade daquele praticado no além-mar. A transposição do modelo americano far-se-ia também inviável diante do sistema jurídico europeu de matriz romano-germânica, isto é, o sistema da *civil law*, em que não vigora o princípio do *stare decisis*. Essa questão foi enfrentada com argúcia por MAURO CAPPELLETTI, que cuidou de aprofundar as razões para a construção de um modelo diferente. Conforme assinalado pelo mestre processualista italiano, a adoção do modelo americano em um sistema de *civil law* conduziria a graves riscos para a ordem jurídica, admitindo que decisões conflitantes tornassem as leis e a constituição apenas parcialmente vigentes ou, de modo diverso, acabassem por fazer vigorar, por meio da aplicação diferenciada, leis e constituições diferentes aos seus cidadãos.

Em um sistema em que se parte da lógica de que apenas o texto legal tem o poder de vinculação, cabendo aos juízes apenas uma suposta tarefa mecânica de aplicá-lo, a ausência de instrumentos de uniformização vinculante da jurisprudência conduziria a graves riscos de insegurança e arbitrariedade. Nesse sistema, alerta, nem mesmo reiteradas decisões do órgão de cúpula do judiciário seriam capazes de garantir que os juízes seguissem o mesmo entendimento. Merece transcrição a lição do ilustrado autor:

Mas, não obstante a aparente estranheza, a solução pela Constituição austríaca de 1920 e, depois, pelas outras Constituições há pouco recordadas, não estava, absolutamente, desacompanhada de boas razões, como pretendo agora demonstrar.

No método do controle “difuso” de constitucionalidade – no denominado método “americano”, em suma – *todos os órgãos judiciários*, inferiores e superiores, federais e estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método “difuso” de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do “*stare decisis*”. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros “contrastes de tendências” entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa – ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de

qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo.¹⁷⁰

Logo, são inconvenientes da implantação e uso do modelo difuso em sistemas de *civil law* carentes do princípio do *stare decisis* a necessidade de que cada pessoa tenha de propor uma ação própria para eximir-se da incidência da lei inconstitucional e que apenas possa esperar que o juiz, se assim desejar, aplique o entendimento das instâncias superiores. Do contrário, será compelido a valer-se, por vezes, de todo o sistema recursal na esperança de que receba tratamento isonômico em relação aos demais casos em semelhante situação.

Assim sendo, não pode ser desconsiderado que, nos países europeus que adotam o sistema da *civil law*, para cuja tradição o princípio do *stare decisis* é estranho, acabou sendo necessário adotar instrumentos próprios e distintos daqueles previstos no *judicial review* americano, de modo a permitir que obtivessem o mesmo sucesso no exercício da jurisdição constitucional.

Se queriam chegar a semelhante resultado, os Países da Europa continental e, em geral, os Países a cuja tradição jurídica é estranho o princípio do *stare decisis*, deviam, obviamente, operar com instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no sistema estadunidense e em outros sistemas de *common law*. Tornava-se, em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, *com eficácia erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito, de que se falou antes.¹⁷¹

Foi a partir dessas circunstâncias e necessidades particulares que as Constituições da Áustria e da Tchecoslováquia previram – e pretenderam colocar em prática – o modelo de controle concentrado de constitucionalidade desenvolvido na doutrina de Kelsen, criando, destarte, Cortes ou Tribunais Constitucionais especificamente destinados ao exercício da jurisdição constitucional.

Cabe consignar que a primeira experiência do modelo de controle concentrado não ocorreu na Áustria. Deveras, como bem recorda JORGE ALEJANDRO AMAYA, a Tchecoslováquia antecipou-se e, com a Constituição de 29 de fevereiro de 1920, adotou, pela primeira vez, o “modelo europeu ou continental de controle de constitucionalidade”, tendo implantado “o mais puro dos modelos, o de um tribunal *ad hoc* que conhece de maneira exclusiva e excludente, com efeitos gerais, da constitucionalidade das leis”.¹⁷² O autor argentino destaca, contudo, que a identificação do modelo concentrado com a Áustria não é injustificada. Isso porque, de um

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 76-78.

¹⁷¹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 82-83.

¹⁷² AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. 2ª edición, Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 107.

lado, o Tribunal Constitucional tchecoslovaco não chegou a efetivamente exercer a função de controle de constitucionalidade ao longo daquela Primeira República, não tendo produzido jurisprudência sobre o tema durante os seus dezoito anos de existência. De outro lado, a teoria kelseniana já havia inspirado algumas leis provisórias sobre o assunto na Áustria, que eram anteriores à Constituição tchecoslovaca. Assim, esses poucos meses de pioneirismo não tiveram o condão de ofuscar o protagonismo austríaco sobre o tema.¹⁷³

Especificamente em relação à experiência austríaca, a Constituição de 01º de outubro de 1920 cuidou de criar a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) na qual concentrou a competência para decidir questões de constitucionalidade, com exclusão dos órgãos judiciários. Para acionar a jurisdição daquela Corte, previu-se a necessidade de formulação de uma “ação especial” (*Antrag*), cuja *legitimidade para propositura* foi outorgada de forma restrita a apenas alguns determinados órgãos políticos. Logo, essa primeira característica do modelo austríaco consiste em uma legitimidade ativa restrita para requerer o controle de constitucionalidade.

Com relação ao *modo de controle*, previu-se no modelo austríaco original, reiterar-se, o ajuizamento de uma ação especial (*Antrag*), de modo que a questão de inconstitucionalidade é levada à Corte pela via principal, sendo o próprio objeto do pedido de mérito (modo de controle também denominado por *via de ação*). Nesse caso, essa ação especial dá início a um processo autônomo perante o Tribunal encarregado do controle. Sob esse mesmo aspecto, o modelo austríaco também adotou o modo de controle em abstrato, o que significa dizer que a impugnação do ato normativo é feita sem vinculação a qualquer litígio ou controvérsia efetiva entre partes sobre algum bem da vida. Vale dizer: não há necessidade da existência de uma lide, de um caso concreto. O objeto único dessa ação especial será a questão de inconstitucionalidade e, portanto, o seu julgamento dar-se-á em tese, pela mera confrontação da constituição com a lei impugnada.¹⁷⁴

A existência de um processo específico para julgamento dessas ações especiais derivado diretamente da constituição e com características diversas daquelas comumente encontradas nos processos civis ou criminais ordinários, em que se discutem interesses subjetivos contrapostos, motivou Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e, posteriormente, seu discípulo, Héctor Fix-Zamudio a atribuírem a Hans Kelsen o nascimento do ramo processual específico dentro da teoria geral do processo denominado “direito processual constitucional”. Essa visão é questionada por Néstor Pedro Sagüés, para quem o nascimento científico desse ramo processual deve ser atribuído ao próprio Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Acompanha

¹⁷³ AMAYA, *op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁴ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição – 8ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2010, p. 900.

essa divergência o jurista peruano Domingo García Belaunde. Por seu turno, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR entende, sem prejuízo do reconhecimento dos importantes estudos que o antecederam e inspiraram, que foi Héctor Fix-Zamudio quem efetivamente deu contornos à disciplina, sendo o seu “fundador conceptual” e o primeiro que adotou uma “aproximação sistemática”.¹⁷⁵

Sobre o sistema austríaco em sua versão original, assinala CAPPELLETTI:

No originário sistema austríaco, portanto, não só os juízes – exceção feita exclusivamente para o *Verfassungsgerichtshof*, quer dizer, exclusivamente para a Corte Constitucional – não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais (...), mas os juízes austríacos, além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. Com efeito, a questão da constitucionalidade das leis podia ser arguida perante a Corte Constitucional austríaca *somente por aqueles órgãos, não judiciários, mas políticos*, que estavam indicados na Constituição, isto é, pelo Governo Federal (*Bundesregierung*) tratando-se de pedir o controle da legitimidade constitucional das leis dos *Länder* (*Landesgesetze*), pelos Governos dos *Länder* (*Landesregierung*) tratando-se do controle de leis federais. Nenhum limite de tempo era fixado para o exercício, por parte destes órgãos políticos, do direito de ação, para o qual eles eram únicos legitimados.¹⁷⁶

O sistema austríaco pautado apenas pela exclusividade do controle “por via de ação” apresentava insuficiências. Sendo a legitimidade restrita aos Governos Federal e regionais, o controle de constitucionalidade assumia uma função relevante, notadamente no contexto político, na medida em que consubstanciava um óbice para usurpação de competências legislativas no plano de repartição constitucional de competências própria em um Estado Federal. De outro lado, não consistia em instrumento efetivo em relação às leis que perpetravam violações aos direitos individuais, não possuindo os lesados meios para acessar a Corte Constitucional e confrontar a lei inconstitucional. A par disso, a propositura de ação contra a lei inconstitucional era uma faculdade atribuída aos Governos Federal e dos *Länder*, não havendo como obrigá-los a fazê-lo. Como resultado, diversas leis inconstitucionais podiam fugir do controle da Corte Constitucional e, ainda que patentemente inconstitucionais, seguiam sendo normalmente aplicadas pelos juízes, que nada podiam fazer a respeito.

A correção dessas falhas ocorreu pela lei de revisão da Constituição (*Bundes-Verfassungsnovelle*) de 1929, que inseriu a possibilidade do controle incidental, por meio do qual se admitiu que dois órgãos de cúpula da estrutura ordinária do Judiciário, isto é: o *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo para as matérias civis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof*

¹⁷⁵ Sobre o tema, ver: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Direito processual constitucional: ordem científica* (1928-1956). Curitiba: Juruá, 2009, pp. 79-108.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 105.

(Tribunal Supremo Administrativo). Assim, essas Cortes Judiciárias passaram a estar habilitadas a levar a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional. Contudo, diferentemente da legitimidade atribuída às esferas de Governo Federal e Regional – que eram exercidas por meio de ações especiais, por via principal e de forma abstrata –, a arguição de inconstitucionalidade promovida por essas Cortes apenas poderia ocorrer no processamento dos feitos a elas submetidos – em casos concretos, portanto –, apenas por via incidental, e desde que a questão da constitucionalidade da lei fosse relevante para o deslinde do caso a ser julgado.

Uma vez decidida a arguição pela Corte Constitucional, prosseguiram as referidas Cortes de Justiça com o julgamento do caso concreto em conformidade com aquela decisão, aplicando a lei, se julgada constitucional, ou negando-lhe aplicação, caso julgada inconstitucional – o julgamento da Corte Constitucional tinha, assim, caráter vinculatório. Nesse sentido, tem-se que havia uma segregação de funções, de modo que as Cortes Judiciárias não julgavam a constitucionalidade, nem a Corte Constitucional julgava o caso concreto.

Outro aspecto relevante decorrente dessa reforma constitucional foi o de que, se para o ajuizamento da ação especial de controle abstrato havia uma discricionariedade às esferas de governo, tem-se que suscitar a arguição de inconstitucionalidade consistia em um dever para aquelas Cortes Judiciárias.

Estes órgãos judiciários, mesmo continuando a não poder *efetuar*, eles próprios, controle algum da legitimidade constitucional das leis, foram, então, (e são) legitimados a *requerer* à Corte Constitucional que efetue este controle, limitadamente às leis aplicáveis ao caso concreto submetido a seu julgamento. Aqui se tem, assim, verdadeiro *dever* daqueles dois órgãos superiores da justiça ordinária e administrativa de não aplicar as leis, sobre cuja constitucionalidade eles estejam em dúvida, sem, primeiro, terem ouvido a respeito o julgamento vinculatório da Corte Constitucional; e nenhuma lei está excluída desta possibilidade de controle.¹⁷⁷

Tem-se, destarte, que a *Novelle* de 1929 acabou trazendo ao sistema de controle austríaco um caráter nitidamente híbrido com relação ao seu modal, admitindo tanto as ações especiais que questionavam abstratamente (“em tese”) uma lei inconstitucional, quanto arguições na forma de incidentes processuais em casos concreto, bem como acabou por ampliar os sujeitos legitimados a propor o controle. Em ambos os casos, conforme assinalado, a competência para julgamento da questão de constitucionalidade era apenas e tão-somente da Corte Constitucional, mantendo o modelo concentrado intacto.

Com relação aos efeitos, o sistema austríaco, de modelo concentrado, divergiu do modelo americano ao adotar decisões de natureza constitutiva. Desse modo, de forma fiel à

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 107.

noção kelseniana de legislador negativo, o Tribunal Constitucional torna o ato normativo inconstitucional, anulando-o. Assim sendo, essa decisão constitutiva da inconstitucionalidade e, com isso, anulatória do ato, acaba por produzir efeitos a partir da sua prolação (efeito *ex nunc*), à semelhança dos efeitos que adviriam da mera revogação do ato. Anota MAURO CAPPELLETTI que

Resumindo, então: enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade das leis tem – pelo menos segundo a concepção tradicional que, no entanto, nos últimos decênios, sofreu notáveis oscilações e atenuações, como voltaremos a ver (*infra*, § 4º) – o caráter de um controle *meramente declarativo*, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle *constitutivo* da invalidade e da consequente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com total coerência, deriva, ainda, que, enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente – trata-se, de fato, repito, de mero accertamento de uma pré-existente nulidade absoluta – no sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou, com toda certeza, *pro futuro*, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação.¹⁷⁸

Ainda decorrência dessa perspectiva do legislador negativo – sem prejuízo das demais funções reconhecidas as Tribunais Constitucionais ao longo do tempo –, as decisões de inconstitucionalidade, também em semelhança aos efeitos de revogação do ato, foram concebidas com eficácia geral, contra todos (*erga omnes*), e vinculante aos órgãos judiciários e administrativos. Essa é a percepção de MARCELO LAMY e LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI, que assim expõem essa circunstância:

De outra banda, no “modelo europeu” de controle jurisdicional de constitucionalidade, por seu turno, verifica-se, desde a sua criação, a faceta de funcionarem os tribunais constitucionais como produtores de decisões com eficácia contra todos, produzindo tais decisões, quer na sua formulação funcional inicial de legislador negativo, quer na evolução de suas funções governativa, estruturante, arbitral e comunitarista, efeitos inclusive contra terceiros não participantes da demanda posta aos tribunais.

Tem-se, portanto, que a ausência de condições de plena implantação do modelo difuso americano no continente europeu impôs a necessidade de desenvolvimento de um modelo distinto, mas que permitisse semelhantes resultados. Diante das diversas dificuldades políticas, sociais e jurídicas europeias em atribuir ao poder judiciário o exercício do controle de constitucionalidade, a construção do modelo concentrado foi a saída para a necessidade de implantação de uma justiça constitucional que garantisse a normatividade e efetividade da constituição. Entretanto, para que esse sistema funcionasse, não seria suficiente a mera

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 117.

possibilidade de prolação de decisão de reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado texto legislativo, era imprescindível que essa decisão produzisse amplos efeitos, sob pena de torná-la inócua e, com isso, tornar inútil o órgão incumbido de proferi-la. A inconstitucionalidade continuaria a ser mera questão de censura ao legislador, mas sem qualquer consequência prática, derruindo, assim, toda e qualquer possibilidade de resgate do constitucionalismo no continente europeu.

A difusão da doutrina de controle de constitucionalidade dos atos legislativos representou um marco teórico imprescindível, constituindo verdadeiro divisor de águas no pensamento jurídico europeu que se iniciaria no final da Primeira Guerra, mas que viria apenas a consolidar-se, definitivamente, no pós-Segunda Guerra. Isso porque, sem embargo dos fundamentos teóricos e da implantação do sistema kelseniano, o período de entreguerras não permitiu que a experiência com os Tribunais Constitucionais avançasse na Europa. Conforme relata RAUL MACHADO HORTA, o período de crise comprometeu o exercício do controle de constitucionalidade pelas Cortes Constitucionais:

“A permanente crise institucional (...) sob cujo signo viveram os países europeus no agitado período do entre-guerras, veio comprometer, por motivos conhecidos, a continuidade do controle da constitucionalidade das leis em Estados onde ele já se encontrava instituído, interrompendo o seu funcionamento e impedindo correções e a própria elaboração jurisprudencial dos Tribunais Constitucionais”.¹⁷⁹

Desse modo, o controle de constitucionalidade apenas foi se sedimentar no direito europeu no pós-Segunda Guerra, quando então proliferaram Cortes Constitucionais nos países da região. Sobre o assunto, aponta MARCELO FIGUEIREDO para quatro causas principais que deram ensejo a esse novo paradigma do constitucionalismo europeu a partir do fim da guerra, quais sejam: i) a dessacralização da lei, passando-se admitir que o legislador é falível e que é necessário também proteger-se da atividade legislativa (há, assim, um deslocamento da trincheira de proteção do indivíduo da normal legal para a norma constitucional); ii) o fim do período colonial e a expansão do número de estados nacionais, elevando o número de constituições e proporcionando a sua modernização; iii) a difusão e propagação no campo internacional ideologia dos direitos humanos, notadamente em razão da superveniência da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e da Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), trazendo o indivíduo para o centro dessa nova ordem jurídica e provocando, conseqüentemente, a necessidade de profundas alterações na estrutura e organização estatais;

¹⁷⁹ HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1953, p. 13.

e, por fim, iv) a criação de uma justiça constitucional reforçada e encarregada de proteger esses novos textos constitucionais.¹⁸⁰

Conforme assinalado por ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, a partir das lições de Cappelletti, tratou-se de um “magnífico florescimento” do controle de constitucionalidade, “fenômeno que engloba não apenas a consolidação e o alargamento do controle em estados onde já existia, como, principalmente, sua introdução onde ainda não existia”¹⁸¹. Esclarecendo as razões que deram ensejo a esse movimento, assinala a autora que:

Dentre as causas dessa “magnífica” expansão releva mencionar o renascimento do “constitucionalismo”. Após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às experiências trágicas dos governos tirânicos e absolutos do antes-guerra, redescobri-se a noção de “Constituição” e, como decorrência, a necessidade de protegê-la e resguardá-la principalmente contra a ação dos poderes políticos.¹⁸²

Arrimado nas lições da referida professora, consigna CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO que esse “renascimento do constitucionalismo” no continente europeu e a necessidade de proteção da Constituição renascida, deu ensejo a uma proliferação de tribunais ou cortes constitucionais na região, conforme demonstra a seguinte listagem:

Após a Segunda Grande Guerra, restaura-se, com a Lei Constitucional de 12 de outubro de 1945, a Corte Constitucional austríaca. A Constituição da Itália, que teve vigência a partir de 1.º de janeiro de 1948, instituiu a Corte Constitucional Italiana, que foi instalada em 1956. O Tribunal Constitucional Federal alemão foi criado pela Lei Fundamental de 1949. Chipre, em 1960, instituiu a sua Corte Constitucional, o mesmo ocorrendo com a Turquia, em 1961, a Iugoslávia em 1963, a Tchecoslováquia, em 1968. Nos anos setenta e oitenta prosseguiu a expansão do controle jurisdicional na Europa: em 1975, foi a vez da Grécia; a Espanha, em 1978, criou o seu Tribunal Constitucional, também o fazendo Portugal, em 1982, e a Polônia, em 1986.¹⁸³

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In TAVARES, André Ramos, e ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 175-176. Nas palavras do autor: “a) a dessacralização da lei: as experiências de guerra, notadamente do fascismo e do nazismo provocaram o fenômeno conhecido como “dessacralização” da lei; o legislador não é mais infalível; o Parlamento pode se enganar; a lei pode causar dano às liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos; é, portanto, necessário proteger-se também contra ela e não mais exclusivamente contra os atos do poder executivo; a lei não está mais no centro do sistema normativo; b) a expansão das constituições e do constitucionalismo devido ao fenômeno da descolonização que fez elevar o número de Estados no mundo de uma quarentena da guerra para mais de duas centenas hoje em dia e provocou a multiplicação dos textos constitucionais e, ao mesmo tempo, sua modernização; c) a difusão internacional da ideologia dos direitos do homem através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção Européia dos Direitos do Homem em 1950, que coloca em primeiro plano o indivíduo em face do Estado e modifica profundamente as perspectivas de organização do poder; d) enfim o aparecimento da Justiça constitucional – sob uma nova forma – como elemento fundamental dos sistemas constitucionais europeus é considerada, cada vez mais, como um dado decisivo, porque sem ele, e a despeito dos outros elementos acima citados, pode-se pensar que a evolução constatada não teria ocorrido.”

¹⁸¹ FERRAZ, *op. cit.*, 1990, p. 28.

¹⁸² FERRAZ, *idem*, *ibidem*.

¹⁸³ VELLOSO, *op. cit.*, p. 4.

Cumpra observar, contudo, que essas novas Cortes Constitucionais, como são exemplos as adotadas pela Alemanha e Itália, seguiram um caminho intermediário entre os sistemas americano e austríaco.

1.5. ALGUNS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DOS DIFERENTES MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Na esteira do que restou exposto neste capítulo, tem-se que as diferentes vertentes do constitucionalismo impactaram diretamente na criação, estruturação e forma de atuação e exercício da jurisdição constitucional. Assim é que, conforme vetusta lição de ALBERT VENN DICEY, a noção de inconstitucionalidade também resta afetada, passando a ter uma significação distinta a depender da natureza conferida à Constituição de determinado Estado. De acordo com o jurista inglês:

A expressão “inconstitucional” tem, aplicada a uma lei, pelo menos três significados diferentes, variando de acordo com a natureza da constituição a que se refere:

(i.) A expressão, aplicada a uma Lei do Parlamento Inglês, significa simplesmente que a Lei em questão, como, por exemplo, a Lei da Igreja Irlandesa de 1869, é, na opinião do orador, oposta ao espírito da constituição inglesa; não pode significar que a Lei é uma violação da lei ou é nula.

(ii.) A expressão, conforme aplicada a uma lei aprovada pelo Parlamento francês, significa que a lei, por exemplo, estendendo a duração do mandato do presidente, é contrário aos artigos da constituição. A expressão não significa necessariamente que a lei em questão seja nula, pois não é de forma alguma certo que qualquer tribunal francês se recusará a aplicar uma lei por ser inconstitucional. A palavra provavelmente, embora não necessariamente, seria, quando empregada por um francês, um termo de censura.

(iii.) A expressão, conforme aplicada a uma Lei do Congresso, significa simplesmente que a lei está além do poder do Congresso e, portanto, é nula. A palavra, neste caso, não importa necessariamente qualquer censura. Um americano poderia, sem qualquer inconsistência, dizer que um Ato do Congresso era uma boa lei, isto é, uma lei calculada em sua opinião para beneficiar o país, mas que infelizmente era “inconstitucional”, isto é, *ultra vires* e vazia.¹⁸⁴

¹⁸⁴ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 8th edition, London: Macmillan and Co. Ltd., 1915, p. 516. No original: “The expression “unconstitutional” has, as applied to a law, at least three different meanings varying according to the nature of the constitution with reference to which it is used: (i.) The expression., as applied to an English Act of Parliament, means simply that the Act in question, as, for instance, the Irish Church Act, 1869, is, in the opinion of the speaker, opposed to the spirit of the English constitution; it cannot mean that the Act is either a breach of law or is void. (ii.) The expression, as applied to a law passed by the French Parliament, means that the law, *e.g.* extending the length of the President’s tenure of office, is opposed to the articles of the constitution. The expression does not necessarily mean that the law in question is void, for it is by no means certain that any French Court will refuse to enforce a law because it is unconstitutional. The word would probably, though not of necessity, be, when employed by a Frenchman, a term of censure. (iii.) The expression, as applied to an Act of Congress, means simply that the Act is one beyond the power of Congress, and is therefore void. The word does not in this case necessarily import any censure whatever. An American might, without any inconsistency, say that an Act of Congress was a good law, that is, a law calculated in his opinion to benefit the country, but that unfortunately it was “unconstitutional,” that is to say, *ultra vires* and void

Sob essa perspectiva, tem-se que os diferentes movimentos constitucionais deram ensejo a criação de diferentes modelos de controle de constitucionalidade das leis, cabendo, neste tópico, uma apresentação sistemática dessas diferentes características. Alerta-se, contudo, que “[t]entativas de classificação das formas de controle de constitucionalidade se encontram em muitos estudos de direito comparado, havendo variedade de propostas”.¹⁸⁵ Desse modo, a indicação dos critérios a seguir relacionados não tem o intento de esgotar ou dar definitividade ao tema. Tem o singelo escopo de buscar melhor compreender o funcionamento dos diferentes modelos de controle de constitucionalidade.

O primeiro critério a ser mencionado diz respeito ao *parâmetro de controle*. Trata-se de identificar a norma ou padrão de hierarquia superior em relação ao qual é estabelecida a relação de comparação com ato ou comportamento de hierarquia inferior para o fim de apurar se este é conforme aquele, vale dizer: se este (inferior) é válido em relação àquele (superior). Conforme CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, o parâmetro para controle de constitucionalidade tradicionalmente será adotado em uma das seguintes formas: i) a integralidade do texto da *Constituição formal*, o que inclui os comandos implícitos a esse texto; ii) apenas uma parcela do texto da *Constituição formal*; ou iii) o bloco normativo formado pelas normas constantes do texto da *Constituição formal* acrescidas por normas oriundas de um *direito supralegal*.¹⁸⁶

Classifica-se, outrossim, o exercício da função de fiscalização da constitucionalidade em relação ao *objeto do controle*. Entende-se por “objeto” o comportamento ou ato sobre o qual recai o exercício do controle. Trata-se do comportamento ou ato que terá a sua validade constitucional submetida a fiscalização. Assim, segundo CLÈVE, poderá consistir em uma “ação”, de que são exemplos os atos normativos estatais, ou em uma “omissão”, em que o Poder Público mantém-se inerte quando tinha um dever constitucional de agir.¹⁸⁷ De outro lado, DIMOULIS e LUNARDI defendem que o *objeto* do controle deve ser classificado em: “total-irrestrito” e “parcial-limitado”. A primeira classificação consistiria na possibilidade de controle amplo e irrestrito de qualquer ato ou fato jurídico, mesmo que a violação à constituição fosse meramente indireta ou reflexa. A segunda, por seu turno, prevê uma limitação ao objeto de controle, restringindo-se, por exemplo, apenas a atos normativos ou proibindo o controle de emendas constitucionais ou de atos de natureza política. A par disso, defendem o critério da

¹⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri, e LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais (Thomson Reuters Brasil), 2021, p. 92.

¹⁸⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 71-72.

¹⁸⁷ CLÈVE, *op. cit.*, 2000, pp. 72-73.

natureza da conduta controlada, fazendo, então a distinção entre inconstitucionalidade por ação (ou comissão) e inconstitucionalidade por omissão.¹⁸⁸

Em relação ao *sujeito que exerce o controle*, tem-se o critério da *natureza* do órgão incumbido do seu exercício. Assim, há os controles: i) político; ii) jurisdicional; e iii) misto ou híbrido (ou, como preferem Dimoulis e Lunardi, um modelo combinado).¹⁸⁹

O controle político é caracterizado como aquele exercido por um órgão estritamente político – ou, em outros termos, por um órgão não-jurisdicional. Defendem DIMOULIS e LUNARDI que, nesses sistemas, “[a]s autoridades eleitas ou indiretamente legitimadas pelo voto popular realizam o controle, sendo preponderante a preocupação com elementos de oportunidade, e não de conformidade constitucional de certa norma”.¹⁹⁰ Cumpre ressaltar que o só fato de o controle ser exercido por órgão político não implica que o controle seja feito por critérios políticos, isto é, com base em mera oportunidade e conveniência, cabendo fazê-lo com base na técnica jurídica. Tome-se como exemplo desse modelo aquele adotado na França, adotado na França, cuja Constituição de 1958 atribuiu ao *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional) a tarefa da análise de compatibilidade entre o ato legislativo e a Constituição, sendo vedado ao Judiciário francês exercer esse controle.

O controle jurisdicional, por seu turno, é exercido por órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário ou por uma Corte ou Tribunal Constitucional (este, no mais das vezes, não integrante da estrutura do Poder Judiciário, mas, sem prejuízo, dotado de função jurisdicional). Nesse sentido, faz sentido diferenciar as noções de “jurisdicional” e “judicial”. Aquele é mais amplo do que este. Isso porque o poder judiciário exerce jurisdição, mas nem toda jurisdição é exercida pelo poder judiciário. Assim, um Tribunal Constitucional, conquanto tenha função jurisdicional, tradicionalmente não integra a estrutura do poder judiciário, não sendo – ao contrário de uma Suprema Corte – órgão de cúpula do ramo judicial. Assim, notadamente em alguns países europeus, o órgão de cúpula do judiciário consiste em uma Corte de Cassação, havendo um Tribunal Constitucional descolado dessa estrutura com a missão específica de salvaguardar a intangibilidade da respectiva constituição.

O controle jurisdicional subdivide-se em: i) jurisdicional difuso e ii) jurisdicional concentrado. No sistema difuso (ou modelo americano), todo e qualquer magistrado (daí por que difuso) deve, em favor da Constituição, deixar de aplicar a lei que com ela conflita. De forma oposta, o sistema concentrado (ou modelo austríaco ou europeu) confere a atribuição para julgar a constitucionalidade das normas a um único órgão (daí por que concentrado), seja

¹⁸⁸ DIMOULIS e LUNARDI, *op. cit.*, 2021, pp. 96-98.

¹⁸⁹ CLÈVE, *op. cit.*, 2000, pp. 74-76; DIMOULIS e LUNARDI, *op. cit.*, 2021, pp. 95-96.

¹⁹⁰ DIMOULIS e LUNARDI, *op. cit.*, 2021, p. 95.

ele órgão de cúpula do Poder Judiciário (uma Suprema Corte, por exemplo) ou um órgão criado especificamente para este fim (que pode ser uma Corte ou Tribunal Constitucional). O critério aqui é, portanto, quantitativo: “[d]o ponto de vista do número de fiscais, o sistema será difuso ou concentrado”.¹⁹¹

Hodiernamente, sistemas jurídicos adotam concomitantemente o controle jurisdicional difuso e concentrado, como são os casos de Portugal, México e Brasil. Costuma-se referir a esse modelo como sendo “jurisdicional misto ou híbrido”, justamente por congregarem as duas formas de controle jurisdicional. Assim, “[t]eríamos tal sistema quando o Tribunal Supremo decide de forma concentrada sobre a constitucionalidade de leis, mas isso não impede que qualquer juiz possa realizar o controle de maneira difusa”.¹⁹² Essa denominação é, contudo, controversa: “[o]s autores se referem a sistema misto (difuso e concentrado), e alguns preferem os termos *dual/paralelo, combinado*”.¹⁹³ Deveras, na medida em que os modelos coexistem em paralelo, mas não se fundem, parece preferível fazer referência a “controle jurisdicional dual” ou “controle jurisdicional combinado”.

Por fim, ainda em relação ao sujeito, há o controle que é exercido conjuntamente por órgãos políticos e jurisdicionais, sendo comumente denominado “controle misto ou híbrido”. Pontua-se que DIMOULIS e LUNARDI ressaltam, contudo, que a designação mais adequada seria “controle combinado”, uma vez que “na verdade aqui não ocorre uma fusão de características de dois sistemas. Os dois sistemas existem em paralelo, cada grupo de autoridades exercendo suas tarefas previstas na Constituição e nas leis”.¹⁹⁴ É o modelo adotado na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle da Assembleia Geral (que é um órgão legislativo) e as leis locais ficam submetidas à fiscalização do Judiciário.

É possível diferenciar os modelos de controle, ainda, com relação ao *tempo ou momento do controle* (ou de *quando* se exerce o controle). Nesse sentido, tem-se: i) o controle preventivo (ou *a priori*); e ii) o controle repressivo (ou sucessivo ou *a posteriori*).¹⁹⁵

O controle preventivo ocorre antes da entrada em vigor da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, atuando já no seu processo de formação. Exemplo histórico dessa forma de controle é o modelo francês, em que o controle exercido pelo *Conseil Constitutionnel* era exclusivamente colocado em prática antes da sanção e promulgação do projeto de lei. Por meio desse modelo, almeja-se prevenir a inserção de uma lei inconstitucional no sistema jurídico. Ressalte-se, contudo, que com a Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008, introduziu-se

¹⁹¹ DIMOULIS e LUNARDI, *op. cit.*, 2021, p. 101.

¹⁹² DIMOULIS e LUNARDI, *op. cit.*, 2021, p. 100.

¹⁹³ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁴ DIMOULIS e LUNARDI, *op. cit.*, 2021, p. 96.

¹⁹⁵ CLÈVE, *op. cit.*, 2000, p. 73.

no modelo francês a possibilidade de controle repressivo de constitucionalidade de leis, por meio do instituto da “Question Prioritaire de Constitutionnalité” (QPC).

Embora bastante identificado, não se pode perder de vista que o controle preventivo não é necessariamente sinônimo de controle político, podendo ser também exercido por um tribunal (geralmente um Tribunal Constitucional), como ocorre em Portugal (art. 278 da Constituição da República Portuguesa – CRP).

Por sua vez, o controle repressivo – também denominado sucessivo ou *a posteriori* – dá-se pela possibilidade de fiscalização da constitucionalidade da lei já em vigor, ou seja, após consumado o seu processo de formação e já tendo entrado em vigor.

Outro aspecto diferenciador dos sistemas de controle diz respeito à *legitimidade ativa* para suscitar a questão de inconstitucionalidade. Assim sendo, cada modelo outorga a legitimidade para apresentar a questão de inconstitucionalidade: i) a qualquer um do povo; ii) de forma restrita a apenas alguns agentes ou órgãos; e iii) de ofício pelo próprio órgão de controle.

A legitimidade para dar início a um processo de controle de constitucionalidade pode ser atribuída de forma ampla a qualquer pessoa ou pode ser restringida a poucos. Nos casos de controle pela via incidental, a legitimidade tenderá a ser atribuída a todo aquele que ingressar em juízo a fim de se ver fora do campo de incidência de uma lei inconstitucional. A legitimidade restrita tenderá a ocorrer nos casos de controle concentrado, de tal forma que o próprio Texto Constitucional fará restringir o rol daqueles que poderão ajuizar ação e dar início ao processo de fiscalização de constitucionalidade.

Cumprido consignar, ainda, a diferenciação formulada por MARCELO FIGUEIREDO, consistente na classificação da atividade com relação à *acessibilidade ao órgão de controle*, de modo que se diferencia entre: i) acesso direto, e ii) acesso indireto. Essa caracterização dependerá da possibilidade de o legitimado pleitear o exame da questão de inconstitucionalidade de forma imediata ao juízo competente para fazê-lo. Logo, será direto quando o próprio legitimado tiver acesso imediato ao juízo competente para analisar a questão; será, entretanto, indireto nos casos em que o legitimado não tiver acesso imediato a esse órgão, dependendo, então, que a questão de inconstitucionalidade seja remetida ao juízo competente. Nas palavras do autor:

Já em relação ao controle direto ou indireto, afirma-se que ele é direto quando o sujeito legitimado pode acudir diretamente ao juiz da constitucionalidade/inconstitucionalidade, seja ele especializado (Tribunal, Corte Constitucional ou Suprema), seja um juiz ordinário, no controle difuso ou concentrado.

O chamado acesso indireto dá-se quando o problema da constitucionalidade surge em face de um juiz que não pode, sozinho, tomar a decisão sobre a inconstitucionalidade apresentada, mas deve remetê-la a um Tribunal especializado.

Assim, em geral, temos em relação à justiça constitucional no mundo: a) acesso direto com controle concreto; b) acesso direto com controle abstrato; e c) acesso indireto com controle concreto.¹⁹⁶

Com relação ao *modo de provocação do controle*, isto é, com relação ao mecanismo ou instrumento que desencadeia a fiscalização, tem-se que esse pode ser: i) por via de exceção ou defesa; ou ii) por via de ação.¹⁹⁷

Dir-se-á controle por via de “exceção” ou “defesa” porque a questão de inconstitucionalidade constará como argumento jurídico nos fundamentos apresentados por autor ou réu para consecução da procedência ou improcedência da demanda. Sobre essa denominação, esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA que: “(...) a palavra “exceção” é empregada também em sentido amplo, para abranger toda a matéria de defesa, significa *defesa*; e é nesse sentido que se fala em exercício da justiça constitucional por via de exceção, quer dizer, por via da *defesa do demandado*”.¹⁹⁸

Com relação ao *modo de manifestação do controle*, tem-se a perspectiva do meio pelo qual o sistema jurídico admite que a questão de inconstitucionalidade seja suscitada perante o órgão de controle. Assim, os diferentes modelos apresentam os seguintes modos de arguição da inconstitucionalidade: i) via incidental; ou ii) via principal.¹⁹⁹

O controle por via incidental ocorre no bojo de uma determinada demanda, em que a questão de inconstitucionalidade consubstancia uma prejudicialidade em relação ao mérito. Significa dizer que a específica questão de inconstitucionalidade não é o objeto do litígio, mas que terá influência na sua resolução. Assim é que uma condenação ou absolvição em um processo criminal, a exigibilidade de um determinado tributo ou a manutenção de uma determinada decisão administrativa de limitação do direito de construir poderá ser diretamente influenciada pela validade constitucional da lei que lhe dá amparo. Em nenhum desses casos a

¹⁹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 23-24.

¹⁹⁷ CLÈVE, *op. cit.*, 2000, pp. 76-77. Comparando os modelos de controle “por via de ação” e “por via de exceção”, assenta Karl Loewenstein: “También se dan diferencias entre la forma y manera de entablar la cuestión de constitucionalidad. Si la acción está dirigida contra la ley como tal (par voie d'action, y en Alemania control abstracto de las normas) el tribunal podrá declarar inválida dicha ley; si, por otra parte, la anticonstitucionalidad es alegada durante un proceso judicial (par voie d'exception) el tribunal podrá rehusar la aplicación de dicha ley en el caso presente sin declarar formalmente su anticonstitucionalidad. Allí donde rige el principio del stare decisis, el efecto es, asimismo, la exclusión definitiva de la ley de una posterior aplicación.” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª edição – 4ª reimpressão, Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 320).

¹⁹⁸ SILVA, José Afonso. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 134-135.

¹⁹⁹ CLÈVE, *op. cit.*, 2000, pp. 75-76.

questão de inconstitucionalidade é o objeto principal da demanda, mas o seu enfrentamento terá reflexos no julgamento do mérito.

O controle por via principal é caracterizado, diferentemente, pela centralidade da questão de inconstitucionalidade. Nesse modo de controle, a discussão sobre a validade ou invalidade constitucional de determinado ato normativo consiste no próprio mérito da demanda. Nesse sentido, a questão de inconstitucionalidade é levantada a título principal, sem a necessidade de haver um caso concreto *sub judice*. Significa dizer que o fundamento jurídico da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo é suscitado de forma autônoma por meio de uma ação própria, cujo objeto é consistirá justamente na própria questão de inconstitucionalidade.

Conforme visto, o controle difuso é marcado pelo enfrentamento do tema da constitucionalidade de forma apenas incidental, como questão prejudicial ao mérito. Significa dizer que o julgamento do incidente é determinante para a solução da causa, influenciando diretamente na resolução do mérito, mas com este não se confundindo. Desse modo, tem-se como descabidas ações judiciais que veiculem pretensões de mera declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos sem a existência de caso concreto em que esteja posta uma relação jurídica controvertida. Vale ressaltar, todavia, que o controle pela via incidental não é incompatível com o modelo de concentrado. Nos sistemas que adotam a fiscalização concentrada de constitucionalidade de maneira exclusiva, o juiz do caso, ao se deparar com norma aplicável ao caso que entenda inconstitucional, fará suspender o feito e suscitar o incidente ao órgão competente – ao Tribunal Constitucional, por exemplo. A solução para o caso concreto ficará na dependência da decisão do órgão, que, em princípio, será vinculante para aquele caso específico, estendendo-se aos demais caso o sistema lhe reconheça efeitos ampliativos.

Com relação ao *contexto fático do controle*: iii) em abstrato (ou em tese); e iv) em concreto.

O controle abstrato consiste na fiscalização exercida sem que haja qualquer tipo de litígio subjacente. No controle abstrato não se estabelece um contraditório entre partes, mas sim um processo que visa precipuamente a defesa da Constituição, isto é, uma defesa do direito objetivo (normas) e não de direitos subjetivos. Geralmente, por meio do controle abstrato, objetiva-se extrair, expulsar o ato eivado de inconstitucionalidade do ordenamento jurídico. Diz-se também controle *em tese* de constitucionalidade.

O controle concreto, por sua vez, relacionado com o modelo difuso e incidental, dar-se-á por meio do ajuizamento de demanda envolvendo um caso concreto, isto é, a efetiva

existência de um litígio. Desse modo, a questão de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo dependerá, para ser analisada pelo sujeito que exerce o controle, do surgimento de um conflito que a envolva.

Com relação à *finalidade do controle*, vale dizer: no que concerne aos interesses protegidos pelo exercício da atividade, tem-se poder ser: i) subjetiva, ou ii) objetiva.²⁰⁰

Fala-se em controle subjetivo quando a finalidade principal do processo de fiscalização normativa consiste na defesa do direito subjetivo da parte afetada pelo ato inconstitucional. Trata-se de defender, precipuamente, o interesse individual juridicamente protegido contra os efeitos inválidos do comportamento constitucionalmente inválido.

De outra banda, tem-se controle objetivo aquele que visa à proteção e restauração da ordem constitucional objetivamente considerada. Busca-se defender, primordialmente, a higidez, coerência e integridade da própria ordem jurídica. Almeja-se “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis inconvenientes”.²⁰¹

Com relação à *natureza da decisão* de inconstitucionalidade, tem-se que serão: i) declaratórias ou ii) constitutivas. A decisão será declaratória quando se “limitar” a reconhecer a inconstitucionalidade do ato, declarando a sua nulidade pré-existente, de modo que os seus efeitos serão retroativos. A decisão terá natureza, de outro lado, constitutiva quando constituir ou criar uma situação ou relação jurídica, isto é, a norma passa a ser inconstitucional a partir da decisão. Os efeitos são, assim, prospectivos.

Por fim, com relação aos *efeitos da decisão* de inconstitucionalidade, também os dois modelos, como originalmente concebidos, apartam-se substancialmente, sem prejuízo de posteriores ajustes que amenizaram esse distanciamento. Assinale-se, entretanto, que houve uma preocupação comum em relação à efetividade das decisões de inconstitucionalidade, buscando-se garantir algum nível de vinculação dos demais órgãos. Para tratar da distinção de efeitos, tem-se como necessário entender as suas dimensões temporal, objetiva e subjetiva.

No que tange aos *efeitos temporais* da decisão, tem-se que será *ex tunc* (“desde então”) nos casos em que a decisão possui efeito retroativo, afirmando a nulidade do ato normativo e atingindo todas as relações que tenham fundamento na norma declarada inconstitucional, mesmo que realizados antes da decisão. Nestes casos, ocorre a restauração do *status quo ante*, isto é, volta-se a como era antes da promulgação da lei julgada inconstitucional. Consequência disso, por exemplo, é que uma lei volta a vigorar caso a lei que a tenha revogado venha a ser declarada inconstitucional (efeito repristinatório).

²⁰⁰ CLÈVE, *op. cit.*, 2000, pp. 77-78.

²⁰¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133.

Os efeitos podem ser “ex nunc” ou prospectivos, vale dizer, produzem efeitos depois da decisão que julgar a inconstitucionalidade de ato normativo, de modo que as situações concretizadas antes da decisão permanecem inalteradas.

Com relação à *extensão subjetiva* da decisão, diz-se que os efeitos são *erga omnes* quando a decisão ultrapassa as partes do processo e atinge a todos indistintamente. Trata-se de efeito próprio atribuído ao controle concentrado, principal e abstrato das leis, vez que esta é declarada inconstitucional (ou constitucional, como no caso brasileiro) e a decisão valerá contra todos. A decisão cujos efeitos sejam *inter partes* tão somente afeta as partes do processo. Trata-se de efeito próprio do controle difuso, incidental e concreto.

Conforme visto ao longo deste Capítulo, o modelo americano do *judicial review* é tido como exemplo de modelo de controle difuso de constitucionalidade. Caracteriza-se como sendo um controle jurisdicional difuso, sendo exercido por qualquer juiz ou tribunal integrante da estrutura judiciária. Trata-se de controle repressivo, exercido sobre os atos estatais constituídos. São legitimados a provocar o controle quaisquer pessoas que tenham sido afetadas pelo ato inconstitucional, demonstrando, assim, o seu interesse processual. O controle será, então, provocado por meio da “via de exceção ou defesa”, em que a questão de inconstitucionalidade não será o objeto da demanda, mas o fundamento do pedido ou da defesa da parte. Consequentemente, o modo de manifestação do controle será incidental, na medida em que dirá respeito a causa prejudicial ao mérito, mas não ao mérito em si da demanda judicializada. Vê-se, portanto, que se tem um controle em concreto, na medida em que somente terá vez quando instaurado, perante o poder judiciário, um litígio entre partes com interesses contrapostos. Ademais, é característico desse modelo a ausência de um processo ou procedimento especial para a decisão da questão prejudicial de inconstitucionalidade, que pode ser analisada em processos de qualquer natureza.

Nesse modelo de controle, serão levados a juízo os interesses e direitos subjetivos das partes, de modo que a decisão judicial terá a missão de resolver a lide e conceder a tutela adequada para proteção desses interesses ou direitos subjetivos. O juiz julgará a causa e aplicará o direito ao caso concreto, sendo essa a sua missão primordial. Na hipótese de a lei aplicável ao caso estar em conflito com algum comando constitucional, caberá ao órgão judiciário dar preferência a este, de superior hierarquia, e afastar aquela, em razão de sua invalidade jurídica. Isso não significa, no entanto, que o juiz julgará a lei em si, mas que julgará o caso concreto aplicando, como é seu dever, o “direito válido”. Assim, a decisão judicial, que apenas reconhece a invalidade preexistente da lei (natureza declaratória) e restabelece o *status quo ante* (efeitos

retroativos), terá eficácia restrita às partes que compuseram o litígio, produzindo efeitos *inter partes*.

Sem embargo dessa característica de subjetividade da finalidade do controle (isto é, reitere-se, de defesa dos interesses e direitos das partes), viu-se que a doutrina ou princípio do *stare decisis* e a consequente vinculação dos precedentes têm o condão de ampliar os efeitos da decisão tomada no caso concreto para os demais subseqüentes que guardem com ele alguma proximidade ou semelhança. Assim, um outro órgão judiciário tenderá a aplicar o mesmo entendimento adotado no precedente. Isso será ainda mais relevante na hipótese de órgãos judiciários de diferentes hierarquias, situação em que o órgão inferior encontra-se obrigado a observar os precedentes dos órgãos superiores. Nessa medida, a decisão proferida por um tribunal superior no sentido de declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, nesta perspectiva do *stare decisis*, passa a afetar os julgamentos das instâncias inferiores e, como consequência, conquanto não anule essa lei, acaba por torná-la, na prática, “não-aplicável”, tendo o efeito de transformá-la em “letra morta”, algo que se aproximaria – mas jamais se confundiria! – a uma espécie de “revogação tácita”. Com isso, para além dos interesses subjetivos envolvidos no processo judicial, a doutrina do *stare decisis* permite que a decisão judicial, notadamente quando proferida pela Suprema Corte, a pretexto de solucionar o caso concreto, tenha o efeito de proteger a própria higidez da ordem jurídica, dando a esse modelo de controle contornos objetivos.

De outro lado, o modelo austríaco original, anterior à Reforma Constitucional de 1929, caracteriza-se como exemplo de modelo de controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque o seu exercício é de competência privativa de um único tribunal (ou corte) especialmente criado para desempenhar essa função, com exclusão dos demais – sendo, no caso, atribuída à Corte Constitucional, órgão posicionado fora da estrutura judiciária. Os legitimados a provocar o controle eram órgãos pertencentes a uma listagem restrita e taxativa, isto é: ao Governo Federal, legitimado a requerer o controle da validade constitucional das leis dos *Länder* (entes subnacionais), bem como aos Governos dos *Länder*, que poderiam requerer o controle das leis federais. O controle será, então, provocado por “via de ação”, em que a questão de inconstitucionalidade não será o próprio objeto da demanda. Consequentemente, o modo de manifestação do controle será pela “via principal”, na medida em que o mérito do processo corresponderá ao julgamento da validade da lei contestada. Tem-se, assim, um controle em abstrato, que fará contrapor as normas em tese, sem a presença de um litígio entre partes. O escopo é comparar diretamente a lei (objeto) com a constituição (parâmetro). Para instauração do processo de controle nesse modelo, é prevista uma ação especial (*Antrag*), dando-se origem

a um procedimento especial de julgamento. Desse modo, não será por qualquer meio processual que o controle poderá ser exercido, devendo o legitimado utilizar os mecanismos especialmente previstos para essa finalidade.

Repise-se que, nesse modelo austríaco de controle concentrado (pré-1929), não serão levados a julgamento os interesses e direitos subjetivos dos indivíduos. Desse modo, decisão da Corte Constitucional não terá por finalidade a solução de litígios ou a proteção de direitos subjetivos. Busca-se, por meio de legitimados restritos e de um processo especial de julgamento, a salvaguarda da integridade da própria constituição, protegendo-a enquanto direito objetivo ou direito posto. Tendo em vista, todavia, a ausência da doutrina do *stare decisis* no direito de tradição romano-germânica (ou da *civil law*), revelou-se necessário qualificar a decisão da Corte Constitucional com efeitos que lhe concedessem a efetividade indispensável para cumprir com a missão de defesa da constituição, vinculando os demais órgãos e agentes públicos. Consequentemente, a decisão de inconstitucionalidade no modelo austríaco produzirá efeitos no plano normativo, apeando a lei inconstitucional do sistema jurídico. Nesse sentido, o ato normativo inconstitucional é anulado e, por corolário, expurgado da ordem jurídica, de modo que a decisão equivale, em seus efeitos práticos, a uma revogação, o que justifica a noção de a Corte Constitucional exercer a função de legislador negativo. Por isso, os efeitos serão *erga omnes*, aproveitando a todos, e vinculantes. A decisão, nesse modelo, é constitutiva, de modo que a lei é “tornada” inválida e, com isso, os efeitos temporais serão estabelecidos a partir da decisão (*ex nunc*).

A partir da Reforma Constitucional de 1929, passou-se a atribuir legitimidade ativa aos órgãos judiciários para que, no bojo dos casos concretos que lhes eram submetidos, pudessem suscitar a questão de inconstitucionalidade de determinada lei. Com isso, o modelo concentrado austríaco passou a admitir, de forma paralela, o controle pela “via principal”, mediante o ajuizamento de ação especial, e o controle pela “via incidental”, por meio da arguição de inconstitucionalidade em um caso concreto, em que a questão prejudicial de inconstitucionalidade é remetida pelo juízo à Corte Constitucional. Nessa hipótese, a Corte Constitucional não julga o caso concreto, cingindo-se a exercer o controle da constitucionalidade da lei vergastada. Uma vez proferida a decisão de (in)constitucionalidade, caberá ao juízo de origem que suscitou a questão retomar o julgamento do caso concreto, julgando-lhe o mérito, estando vinculado à decisão da Corte Constitucional. Com isso, o modelo concentrado austríaco passou a contar com o controle concentrado por “via de ação” e com o controle concentrado por “via incidental”, corrigindo, assim, a insuficiência constatada no seu desenho original, que dependia da vontade política dos órgãos legitimados para a impugnação

de leis inconstitucionais e conduzia à obrigatoriedade de aplicação de leis inválidas pelos juízes e tribunais. Esse modelo de controle concentrado reformado viria, então, a ganhar a Europa no pós-Segunda Guerra Mundial, dada a sua construção atenta ao contexto e características do direito europeu de tradição romano-germânica.

Formada essa base teórica sobre as diversas características diferenciadoras dos modelos de controle de constitucionalidade, bem como compreendendo as razões históricas, teóricas e pragmáticas da formação dos grandes modelos, abre-se a possibilidade de aplicar esse conhecimento ao Direito brasileiro, que passa a poder ser examinado com mais critério e solidez.

CAPÍTULO II – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O primeiro capítulo foi dedicado à construção e características dos diferentes modelos de controle de constitucionalidade, de modo a fornecer um panorama sobre o assunto e permitir a identificação dos diferentes sistemas. A partir disso, tornou-se possível compreender as origens e características do controle judicial difuso no contexto americano e o porquê da construção de um modelo diferente no Direito europeu-continental diante das peculiaridades do desenvolvimento do constitucionalismo e do sistema jurídico naquela região que impediram a mera replicação do modelo americano. É a partir dessas bases que se avançará, neste segundo capítulo, no estudo sobre o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, sob a perspectiva da sua origem, características, desenvolvimento e panorama recente.

Antes de adentrar. A construção de diferentes modelos de constitucionalismo visou a atender problemas políticos particulares.

O estudo da implantação e desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil parece corroborar a perspectiva que ROBERTO GARGARELLA desenvolve acerca da implantação e desenvolvimento do próprio constitucionalismo no contexto latino-americano. Nas palavras do autor:

O modelo constitucional que ainda prevalece na América Latina concentra a autoridade política nas mãos do executivo, parece ineficaz do ponto de vista da estabilidade política, baseia-se em uma abordagem pouco atrativa da democracia e não contribui para a efetivação dos numerosos direitos sociais, econômicos e culturais que generosamente consagra. As mudanças que, na maioria dos casos, foram introduzidas no modelo constitucional original nas últimas décadas (ou seja, na Colômbia 1991, Argentina 1994, Bolívia 2009, Equador 2008, Venezuela 1999) às vezes eram atraentes e às vezes não, mas o fato é que eles não desafiaram ou modificaram significativamente a estrutura básica tradicional do constitucionalismo latino-americano.²⁰²

Conforme GARGARELLA, durante o período de “fundação” dos novos países que emergiam do processo de independência nas primeiras décadas do Século XIX, buscou-se, de forma geral, estabelecer constituições que lograssem ser efetivas e operantes no contexto de sociedades divididas e plurais. Para tanto, assinala que quatro rotas (ou estratégias) básicas

²⁰² GARGARELLA, Roberto. Latin America: constitutions in trouble. In GRABER, Mark A., LEVINSON, Sanford, e TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional democracy in crisis?* New York (NY): Oxford University Press, 2018, p. 177. No original: “The constitutional model that still prevails in Latin America concentrates political authority in the hands of the executive, seems ineffective from the viewpoint of political stability, is based on an unattractive approach to democracy, and does not contribute to the enforcement of the numerous social, economic, and cultural rights that it generously consecrates. The changes that, in most cases, were introduced into the original constitutional model in recent decades (i.e., in Colombia 1991, Argentina 1994, Bolivia 2009, Ecuador 2008, Venezuela 1999) were sometimes attractive and sometimes not, but the fact is that they did not challenge or significantly modify the traditional basic structure of Latin American constitutionalism.”

foram empregadas pelos fundadores dessas novas nações livres, as quais designou como: i) imposição (*imposition*); ii) silêncio (*silence*); iii) síntese (*synthesis*); e iv) acumulação (*accumulation*).

A estratégia de “imposição” consistiu na prática de determinada facção político-social impor a sua visão política e filosófica às demais, tendo sido uma escolha comum nos primeiros anos após a independência, sendo usualmente promovida por governos autoritários. Isso restou particularmente visível na adoção da religião católica como oficial por diversos países latino-americanos, prevendo-se a proibição de prática de cultos das demais em público.²⁰³

O caminho do “silêncio” consistiu na escolha deliberada dos constituintes (*constitution-makers*) em “dizerem nada” ou “manterem o silêncio” acerca de questões sociais tidas como divisivas. Trata-se, referenciando a Cass Sunstein, de adotar uma postura de “decidir muito pouco” (*decide very little*), de “deixar as coisas em aberto” (*leave things open*) ou de “deliberar sobre quais assuntos devem ser deixados sem manifestação” (*deliberate decision about what should be left unsaid*). Assim, essa opção por silenciar-se a respeito de determinadas matérias relevantes foi uma estratégia adotada para os casos em que não era possível atingir o consenso (*common points of agreement*) entre correntes políticas antagônicas. São exemplos disso o embate entre conservadores e liberais na Constituinte do México de 1857 acerca da adoção da religião católica ou dos *Founding Fathers* nos Estados Unidos acerca do problema da escravidão, de forma que, em ambos os casos, a solução adotada foi a de não se pronunciar sobre esses temas impossíveis de conciliação, mantendo-os “não decididos”.²⁰⁴

Por sua vez, a estratégia de “síntese” almeja a consecução de concepções políticas fundadas na conciliação acerca de pontos comuns (*common grounds*) para atingir uma disciplina constitucional sobre determinados assuntos tidos como relevantes pelos movimentos políticos antagônicos. GARGARELLA aponta como exemplo a cláusula da liberdade de religião contida na Primeira Emenda à Constituição americana, representando um consenso, a despeito das diversas correntes de pensamento e crença, acerca da impossibilidade de estabelecimento de uma religião oficial ou de liberdade de exercício de crença religiosa. Trata-se do que John Rawls designou como “sobreposição de consensos” ou “consenso sobreposto” (*overlapping consensus*):

Esta concepção política precisa ser tal que haja alguma esperança de ganhar o apoio de um consenso sobreposto, ou seja, um consenso em que seja afirmado pelas opostas doutrinas religiosas, filosóficas e morais que sejam susceptíveis de prosperar ao longo

²⁰³ GARGARELLA, *op. cit.*, pp. 178-179.

²⁰⁴ Idem, p. 179. O trabalho citado de Cass Sunstein consiste na obra: SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*. Cambridge (MA): Duke University Press, 2001.

de gerações numa democracia constitucional mais ou menos justa, onde o critério de justiça é essa concepção política em si.²⁰⁵

Por fim, a estratégia da “acumulação”, apontada pelo doutrinador argentino como a mais comum entre os países latino-americanos, consubstancia a prática de simplesmente somar ou agregar as diferentes propostas apresentadas por grupos políticos opostos, não raramente conflituosas entre si. Com isso, os grupos antagônicos conseguiam inserir no texto constitucional as suas demandas originais – ou, então, algo próximo ao inicialmente defendido – ao invés de buscarem o consenso a partir de visões mais abrangentes. Essa fórmula prosperou notavelmente na América Latina, em que conservadores e liberais, buscando criar barreiras às ameaças de grupos radiciais, construíram pactos políticos que acabariam por refletir nos textos das futuras constituições. Diferentes – ou até opostos – em diversas questões sensíveis, entretanto, “[e]m vez de encontrar um ponto de comum acordo, os liberais e conservadores decidiram não renunciar às suas exigências fundamentais e, em vez disso, criar estruturas institucionais que ‘adicionassem’ ambas das suas exigências contrastantes”.²⁰⁶

O método ou estratégia da “acumulação” persistiria ao longo das reformulações constitucionais ocorridas no início do Século XX, notadamente com o advento de um “constitucionalismo social”, com demandas diversas daquelas apresentadas pelo “constitucionalismo liberal” oitocentista. Significavam a introdução de exigências de políticas de bem-estar social e de maior intervenção do Estado no domínio econômico e social. Sem embargo das novidades e reformas decorrentes desse novo pensamento constitucional, tem-se, conforme apontado por GARGARELLA, que, “[e]m particular, a organização dos poderes destas constituições modificadas permaneceu basicamente inalterada: o que esses documentos principalmente alteraram, em vez disso, foi a sua declaração de direitos”.²⁰⁷ Com isso, os novos

²⁰⁵ RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 1, pp. 1-25, 1987. Apud GARGARELLA, *op. cit.*, pp. 179-180. No original: “This political conception needs to be such that there is some hope of its gaining the support of an overlapping consensus, that is, a consensus in which it is affirmed by the opposing religious, philosophical and moral doctrines likely to thrive over generations in a more or less just constitutional democracy, where the criterion of justice is that political conception itself”

²⁰⁶ GARGARELLA, *op. cit.*, p. 180. No original: “Rather than finding a common point of agreement, liberals and conservatives decided not to renounce their fundamental demands and to instead create institutional structures that ‘added’ both their contrasting demands”.

Abordando a Constituição brasileira de 1891, assinala Gargarella que: “The 1891 Republican Constitution of Brazil provides an illustration. In its liberal side, the 1891 Brazilian Constitution favored federalism (in a way that considered exaggerated), granted powers of judicial review to the Superior Tribunal, created the mechanism of impeachment, and prohibited all those constitutional reforms that affected the republican and federal character of the national organization. Meanwhile, in its conservative side, the Constitution granted ample powers to the executive branch, established the power of federal intervention, and regulated the institution of the state of siege. So, this Constitution finally promoted political equilibrium and executive predominance – two contradictory goals.” (*op. cit.*, p. 184)

²⁰⁷ Idem, p. 180. No original: “Notably, the organization of powers of these modified constitutions remained basically unchanged: what those documents mainly changed, instead, was their declaration of rights”.

textos constitucionais latino-americanos passaram a prever longas listas de direitos sociais, econômicos e culturais, em adição (ou acumulação) aos tradicionais direitos individuais e políticos.

Ao final do Século XX, novas vertentes do pensamento constitucional, preocupadas com os abusos e violações de direitos humanos cometidos ao longo das ditaduras implantadas na região nas décadas de 1960, 1970 e 1980, bem como a partir de pressões de grupos marginalizados, apresentaram novas demandas voltadas aos direitos humanos e ao multiculturalismo, resultando na introdução nas constituições, mediante acréscimo, de novas listas contendo direitos humanos, direitos indígenas e direitos de minorias. Com isso, a partir da “estratégia de acumulação” (*accumulation strategy*) cartas de direitos expandiram, mas não houve significativa alteração na organização da estrutura estatal. Conforme anota Gargarella: “Notoriamente, no entanto, ambas estas expansões do pacto original preservaram, em vez de modificarem, a base principal do pacto original, que residia na sua organização de poderes”.²⁰⁸

Assim, esse arranjo, em um mesmo documento, de conteúdos normativos decorrentes de pensamentos conservadores e liberais – ou, poder-se-ia dizer, de correntes ideológicas à direita e à esquerda –, bem como o comum acordo para fortalecimento de um poder executivo cada vez mais predominante, foram e vêm sendo as notas características das constituições latino-americanas. Apesar das trocas dos documentos constitucionais, manteve-se a organização constitucional dos poderes pactuada entre conservadores e liberais ainda no período oitocentista, produzindo uma ineficiência estrutural para defesa dos direitos individuais, da democracia e das próprias constituições. A consequência disso é o implemento de um “sistema desequilibrado de freios e contrapesos” que, conforme destaca Gargarella, “anunciou (ou pior, prometeu), desde o momento de sua adoção, situações futuras de instabilidade política”.²⁰⁹

²⁰⁸ GARGARELLA, *op. cit.*, p. 181. No original: “Remarkably, however, both these expansions of the original compact preserved, rather than modified, the main basis of the original pact, which resided in its organization of powers”.

²⁰⁹ Conforme observa Gargarella: “This particular combination between liberal and conservative constitutional features (the search for both political equilibrium and a quite unrestrained executive authority) became a salient characteristic of Latin American constitutions. In spite of all the changes that have been incorporated since then in the different regional documents, no constitution significantly changed the old schema of powers that resulted from the nineteenth century liberal-conservative compact. In other words, even today, Latin American constitutions offer organization of powers that have been modeled according to goals, principles, and assumptions that were dominant in the region during the nineteenth century. Not surprisingly, such a structure became inefficient and, what is more significant for our present purposes, also normatively unattractive, in the light of our presently shared understandings about democracy.” (*Op. cit.*, p. 184)

Em seguida, o jurista argentino assinala que: “Latin America’s ‘unbalanced system of checks and balances’ announced (or worse, promised), from the very moment in which it was adopted, future situations of political instability. In fact, the presence of a (hyper) strong executive power puts into question, if not directly undermines, the very logic of the system of check and balances. That logic requires each branch of government to get an equivalent share of power, which – as the founders assumed – would prevent the problem of mutual

A tese de ROBERTO GARGARELLA, para além de encontrar respaldo em um estudo holístico do panorama constitucional latino-americano, é, em plano particular, especialmente perceptível no desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro no período entre a Proclamação da República e o advento da Constituição de 1988.

Deveras, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que permaneceu, por muito tempo, apenas com o modelo difuso como único meio de salvaguarda das constituições, manteve-se essencialmente o mesmo, a despeito dos novos marcos teóricos e filosóficos que influíram no pensamento constitucional brasileiro ao longo do tempo. Assim, esse modelo inaugurado em 1889, com base em um pensamento inspirado no constitucionalismo liberal americano, persistiu, ainda que com pontuais modificações, mesmo após o influxo das influências que o constitucionalismo social, a partir das constituições mexicana (1917), alemã (1919) e espanhola (1931), viria a ter sobre as constituições brasileiras de 1934 e 1946.

O sistema viria a ser inicialmente impactado – posto que não se possa dizer que o foi em grande medida – pela introdução do modelo concentrado de controle abstrato com a Emenda Constitucional nº 16/1965. Sem embargo, notadamente diante da privatividade da legitimidade ativa para propositura da ação, atribuída apenas ao Procurador-Geral da República, bem como da ausência, ainda, de poder de vinculação das decisões, seguiu o modelo difuso ainda como principal referência para a sindicância das leis e atos normativos.

Além disso, o modelo difuso de controle, especificamente considerado – e sem prejuízo, reitere-se, das alterações pontuais que lhe foram sendo introduzidas – manteve-se praticamente o mesmo desde a sua criação em 1889. Desse modo, mesmo após a Constituição de 1988, o modelo difuso remanesceu com suas características e insuficiências que o marcaram ao longo de sua trajetória na história constitucional brasileira. Desse modo, a introdução de alterações tópicas no modelo difuso, como são os casos da “cláusula de reserva de plenário” e da participação do Senado Federal, que foram introduzidas com a Constituição de 1934 e meramente reproduzidas em quase todas as constituições posteriores, sob essa perspectiva

encroachments. As James Madison put it, ‘the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others.’ Now, if – in contradiction with the original strategy – one branch of power, say the executive branch, is endowed with more capacities than the rest, then the very logic of the system of checks and balances becomes subverted. This is what tends to happen when the executive branch gains more powers, and thus more threatening capacities than the other branches.” (*Op. cit.*, p. 185)

inicial, parecem mais um esforço para corrigir insuficiências do próprio modelo do que para dar respostas a novas demandas de um novo pensamento político-constitucional.

À vista dessas considerações iniciais, tem-se, como ponto de partida para a compreensão do modelo brasileiro, uma abordagem sobre o tema do controle de constitucionalidade sob a égide da Constituição Política do Império de 1824, primeira adotada na Ordem Jurídica brasileira. Caberá analisar, assim, a posição do Poder Judiciário na estrutura constitucional durante o regime monárquico brasileiro e a visão então adotada sobre a (im)possibilidade de fiscalização da validade dos atos emanados do Poder Legislativo.

Em seguida, far-se-á o estudo da introdução do modelo americano do *judicial review* no alvorecer da Primeira República, tendo sido, como é consabido, fruto das ideias defendidas por Rui Barbosa, notório entusiasta do modelo jurídico norte-americano. Foi, assim, estabelecido o controle judicial difuso de controle de constitucionalidade das leis, consagrado constitucionalmente desde a Carta Republicana de 1891. Cuidar-se-á, então, de identificar as características e as singelas mudanças sofridas por esse modelo ao longo da história constitucional brasileira, não se descuidando das causas que deram ensejo a tais alterações no sistema nacional de fiscalização da constitucionalidade.

Como é consabido e será detalhado, um princípio de controle jurisdicional concentrado foi apresentado pela Constituição de 1934, por meio do controle da lei que decretava a intervenção federal, sem, contudo, que se tivesse instaurado verdadeiramente um controle abstrato de normas. Deveras, foi somente com o advento da Emenda Constitucional nº 16/1965 – sob a vigência da Constituição de 1946 –, com a criação da “representação contra inconstitucionalidade”, que foi efetivamente introduzido no Direito brasileiro o modelo concentrado de controle abstrato, de matriz austríaca ou europeia, para ser utilizado em paralelo ao modelo difuso. Caberá perscrutar, então, as razões pelas quais decidiu o Constituinte Reformador pela inserção do modelo concentrado no sistema brasileiro, verificando em que medida essa inovação buscava superar dificuldades do já tradicional modelo difuso.

Por fim, far-se-á a abordagem do panorama do controle de constitucionalidade sob a Constituição de 1988, buscando demonstrar as razões de engrandecimento do modelo concentrado, buscando identificar as suas causas.

Esse modo de abordagem se revela particularmente necessário e relevante à finalidade do presente trabalho, na medida em que apresenta uma visão histórica e ampliada do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A afirmação do redimensionamento do controle difuso passa, indiscutivelmente, pela compreensão da internalização do modelo de matriz americana e as dificuldades encontradas em um sistema jurídico diferente daquele em que teve

origem. Outrossim, a assertiva que guia o presente trabalho demandará o entendimento das razões de inclusão do modelo de controle concentrado e sua coexistência com o difuso.

2.1. A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE DE NORMAS NO IMPÉRIO

Sob a forte influência do pensamento constitucional europeu do início do século XIX, surgiu no Brasil, ainda em momento anterior à independência, um movimento que buscava elaborar e fazer valer uma Constituição para o País. Esse primeiro ensaio ganhou forma em 1817 e teve como principal êxito tornar público esse desejo que permeava a sociedade brasileira de então. Destaque-se, inclusive, que nomes relevantes desse movimento vieram a compor a Assembleia Constituinte de 1823, tendo ali espaço para a propositura de suas ideias.²¹⁰

Em relação à Constituinte de 1823, deve-se apontar que “A consciência da importância que a Constituição fazia sentir e a ciência dos princípios sob a égide dos quais a sua concepção se firmava condicionaram os constituintes brasileiros de 1823”.²¹¹ Nesse sentido, é digno de destaque que seus membros estavam conectados com os temas constitucionais da época e atentos às experiências em outros países. Com isso, já haviam deliberadamente acolhido a doutrina americana, assentada em “*Marbury vs. Madison*”, da nulidade das leis contrárias à Constituição. Tanto é assim que o Projeto de Constituição preconizava, em seu art. 266, que: “Todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum vigor”.

Convém rememorar, também, a influência exercida pela Constituição de Cádiz (Espanha), de 1822, que admitia a possibilidade de controle de violações ao seu texto em seus arts. 372 e 373, admitindo que as cortes poderiam conhecer de violações à Constituição e aplicar-lhes uma sanção. O primeiro dispunha que: “As cortes em suas primeiras sessões tomarão em consideração as infrações da Constituição, que lhes tiverem sido presentes, para lhes dar o conveniente remédio e fazer efetiva a responsabilidade dos que tiverem contravindo a ela”. Por sua vez, o art. 373 estabelecia que: “Todo o espanhol tem direito de representar às cortes ou a el-rei para reclamar a observância da Constituição”.

Como é cediço, a Assembleia Constituinte de 1823 foi, contudo, dissolvida pelo Imperador Dom Pedro I, que então convidou um grupo de juristas para elaborar um novo projeto, havendo, dentre esses, alguns integrantes da Assembleia desconstituída. Desta feita, sob a intensa atuação de José Joaquim Carneiro de Campos, principal autor do novo projeto e

²¹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991, p. 158.

²¹¹ ROCHA, *op. cit.*, p. 158.

que tinha forte e direta influência do pensamento de Benjamin Constant, a proposta que viria a se tornar a Constituição Política do Império teve inspiração direta dos constitucionalismos francês (Constituições francesas de 1791, 1792, 1799, 1814 e, com destaque, a de 1815), espanhol (Constituição de Cádiz, de 1822) e português (Constituição portuguesa, de 1822), além das próprias discussões da Assembleia dissolvida de 1823.²¹²

Na senda da influência do constitucionalismo francês, configurou-se o Poder Judiciário como “poder dependente, inferior e nulo politicamente”. Assim, embora houvesse quem combatesse essa posição enfraquecida do Judiciário – como era o caso, por exemplo, de Tavares Bastos –, prevalecia a noção de “supremacia regaliana” e de um Poder Judiciário em situação subalterna.²¹³ A ausência do controle judicial de constitucionalidade decorreria do “modelo constitucional de referência e a imagem negativa dos juízes”, que acabaram por redundar “em uma visão estrita do princípio da separação dos poderes e da atividade judicial”.²¹⁴

Conforme anotou CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO acerca do papel desempenhado pelo então Supremo Tribunal de Justiça no período monárquico:

O Supremo Tribunal de Justiça da Constituição Imperial de 1824 não se afirmou, entretanto, como poder político. Ele não era, na verdade, um tribunal às inteiras. É bem possível que os ilimitados poderes de moderação do Imperador tenham impedido aquele Tribunal de exercer com largueza a função jurisdicional. Talvez por isso, ou também por isso, o Supremo Tribunal de Justiça não foi um poder. É certo que concorreu para que tal ocorresse, a inexistência, na Constituição de 1824, do controle judicial da constitucionalidade das leis. Sabemos que, por influência do constitucionalismo francês, o controle de constitucionalidade, na Carta Imperial, era do próprio Poder Legislativo.²¹⁵

A Constituição Imperial outorgava à Assembleia Geral a prerrogativa de “Fazer Leis, interpretar-as, suspendel-as, e rovoal-as” (art. 15, VIII) e de “Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação” (art. 15, IX). Tais dispositivos, todavia, não deram ensejo ao exercício do controle de constitucionalidade pelo Legislativo, tendo prevalecido o sentido de que tais previsões não dariam “à Assembleia o direito de suprema inspeção, autorizando-a fazer tudo quanto entendesse necessário para promover o bem geral da nação”. Assim:

²¹² ROCHA, *op. cit.*, 1991, p. 159.

²¹³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 45.

²¹⁴ CONTINENTINO, *op. cit.*, pp. 289-290.

²¹⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, pp. 01-28, 1993, p. 02. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732>. Acesso em: 30 nov. 2022.

Conceitualmente, ‘velar na guarda da Constituição’ significaria que o Poder Legislativo deveria interpretar, observar e cumprir a Constituição. A guarda da Constituição impunha o dever de respeitá-la da maneira por ela estabelecida, afirmava Pimenta Bueno à luz do direito comparado. Da cláusula extraía-se, ainda, o dever de examinar e de fiscalizar o cumprimento da lei pelo governo, representando uma grande força contra eventual arbitrariedade do Poder Executivo.²¹⁶

Outro dispositivo que poderia suscitar questionamento seria o art. 179, XXX, da Constituição Imperial, segundo o qual: “Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores”. Entretanto, também esse dispositivo não foi responsável por conduzir a uma espécie de controle de constitucionalidade das leis. Na senda da doutrina de PIMENTA BUENO, o dispositivo constitucional preconizava 03 (três) garantias individuais: **i) direito de simples requerimento (ou de reclamação)**, que consistia em suplicar algo em proveito próprio, com base em interesse lícito, mesmo que o direito não tivesse se configurado de forma perfeita e plena; **ii) direito de queixa**, que podia ser apresentada na esfera administrativa ou judicial contra ofensa gravíssima ao cidadão ou infração à Constituição, devendo haver, como consequência, a abertura de ação reparadora; e **iii) direito de petição**, motivado por algum interesse geral, envolvendo a faculdade do cidadão de apresentar aos poderes públicos, por escrito, suas opiniões, ideias, interesses e seus votos sobre negócios sociais da legislação ou da administração do Estado.²¹⁷

Com a Lei de 12 de outubro de 1832, convocou-se, na forma do art. 176 da Carta Imperial, os eleitores dos Deputados para que a estes concedessem procuração para a reforma da Constituição nos termos ali estabelecido. No biênio seguinte, seria editada a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, notabilizada sob a denominação de Ato Adicional de 1834, reformando o texto da Constituição para o fim de promover, dentre outras medidas, uma descentralização político-administrativa, atribuindo-se competências legislativas às Assembleias Provinciais. Essa reforma foi entendida por José Maria Corrêa de Sá e Benevides como o ato que “tornou o Brasil um império semi-federal”.²¹⁸

Com essa descentralização, o Ato Adicional instituiu mecanismos para controle da constitucionalidade das leis provinciais. Veja-se, como exemplo disso, os artigos 16, 20, 24, § 3º, e 25, todos do Ato Adicional:

²¹⁶ CONTINENTINO, *op. cit.*, pp. 292-293.

²¹⁷ Cfr. CONTINENTINO, *op. cit.*, pp. 294-295.

²¹⁸ *Apud* CONTINENTINO, *op. cit.*, p. 297.

Art. 16. Quando porém o Presidente negar a sanccão, por entender que o Projecto offende os direitos de alguma outra Provincia, nos casos declarados no § 8º do art. 10; ou os Tratados feitos com as Ações Estrangeiras; e a Assembléa Provincial julgar o contrario, por dous terços dos votos, como no artigo precedente será o Projecto, com as razões allegadas pelo Presidente da Provincia, levado ao conhecimento do Governo e Assembléa Geraes, para esta definitivamente decidir se elle deve ser ou não sancionado.

(...)

Art. 20. O Presidente da Provincia enviará á Assembléa e Governo Geraes copias authenticas de todos os Actos Legislativos Provinciaes que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos geraes, os direitos de outras Provincias ou os Tratados; casos unicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar.

(...)

Art. 24. Além das attribuições, que por Lei competirem aos Presidentes das Provincias, compete-lhes tambem:

(...)

§ 3º Suspende a publicação das Leis Provinciaes, nos casos, e pela fórma marcados nos arts. 15 e 16.

(...)

Art. 25. No caso de duvida sobre a intelligencia de algum artigo desta reforma, ao Poder Legislativo Geral compete interpretal-o.

Com a Lei nº 105, de 12 de maio de 1840 – que ficaria famosa sob o epíteto de Lei de Interpretação de 1840 –, cabem ser citados os arts. 7º (que dispõe sobre a extensão do controle exercido pelo Presidente da Província) e o art. 8º (que trata da recepção da legislação anterior):

Art. 7º O art. 16 do Acto Adicional comprehende implicitamente o caso, em que o Presidente da Provincia negue a Sancção a um Projecto por entender que ofende a Constituição do Imperio.

Art. 8º As Leis Provinciaes, que forem oppostas á interpretação dada nos artigos precedentes, não se entendem revogadas pela promulgação desta Lei, sem que expressamente o sejam por actos do Poder Legislativo Geral.

Com isso, passou-se a se prever, conforme assinalou o VISCONDE DO URUGUAY, três mecanismos de controle da constitucionalidade das leis provinciais: *i)* por ato do Presidente da Província de recusar sancionar projeto de lei que violasse a Constituição (art. 16 do Ato Adicional); *ii)* por decisão da Assembleia Geral, nos casos em que a Assembleia Provincial não concordasse com o veto ao projeto de lei (art. 16 do Ato Adicional); e *iii)* por decisão da Assembleia Geral de “revogar” lei provincial já sancionada e publicada (art. 20 do Ato Adicional e art. 8º da Lei de Interpretação).²¹⁹

²¹⁹ Nesse sentido é a lição do Visconde do Uruguay: “1.ª Primeira especie de suspensão da publicação das leis provinciaes, da qual falla o art. 24 § 3.º do acto adicional, e que estabelece o art. 15, isto é, a negativa de sancção pelo Presidente da Provincia ás leis e resoluções que são sujeitas á mesma sancção. (...) 2.ª Segunda especie de suspensão da publicação das leis provinciaes pelo Presidente da Provincia, quando, nos termos do art. 16 do acto adicional, elle as leva ao conhecimento do Governo e Assembléa Geraes para esta definitivamente decidir se o projecto deve ou não ser sancionado. (...) 3.ª Revogação pela Assembléa Geral art. 20 do acto adicional.” (URUGUAY, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). *Estudos praticos sobre a administração das províncias no Brasil* - primeira parte: Acto Adicional. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro editor, 1865, t. 2, pp. 261-262).

Sobre o tema, convém trazer a vetusta lição de JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, o Marquês de São Vicente, que reconhecia a superioridade da Constituição sobre as demais leis e defendia a necessidade de efetivo controle da legitimidade constitucional das leis provinciais:

Se não houvesse uma constante inspecção constitucional do poder nacional sobre as assembleas legislativas provinciaes, se estas pudessem violar as condições e limites das leis fundamentaes do Estado, não só as provincias pôr-se-hião em luta entre si, mas os vinculos da nacionalidade assim enfraquecidos serião em pouco tempo destruidos. A constituição e o acto addicional não terião existencia senão precaria, ou nem mesmo essa.

A esperança que o presidente da provincia não sancionaria os actos inconstitucionaes, posto que de algum valor, não seria por si só completa; o espirito de partido, um erro podería frustra-la, e não restaria em tal caso correctivo algum.

Foi para evitar uma tal dissolução, que o acto addicional estabeleceu o salutar preceito do seu art. 20, que está em harmonia com o art. 16, e tambem com o art. 7º da lei de interpretação de 12 de Agosto de 1840.

A assemblea geral deve cassar toda a lei provincial que directa ou indirectamente offender a constituição, os limites traçados pelos arts. 10 e 11 do acto addicional, os interesses, ou as imposições geraes da nação, os tratados e os direitos de outras provincias.

Não basta porém que a assemblea geral tenha esse direito e dever, é de summa necessidade que não se olvide de cumprir tão importante obrigação, que as respectivas commissões da camara dos deputados e do senado não deixem vigorar e permanecer esses actos illegitimos, não só pelo pessimo precedente, como por suas consequencias tanto mais nocivas quanto mais inveteradas.

Cumprir ter diante dos olhos, e zelar com cume, os principios que são fundamentaes da união nacional, por isso mesmo que ella é a unica base poderosa de toda nossa grandeza, e seguro porvir.

O conselho de estado deve examinar cuidadosamente todas as leis provinciaes, e o ministerio deve ser o primeiro a activar perante as camaras a cassação das que forem inconstitucionais. A constituição é a lei das leis.²²⁰

E mais adiante, assinalou o notável jurista do Império que as assembleias provinciais, ao produzirem leis inconstitucionais, atentavam contra o próprio fundamento de sua autoridade legislativa. Defendia, assim, que as leis provinciais ofensivas à Constituição deveriam ser entendidas como nulas, devendo-se proceder à sua cassação desde logo. Em suas palavras:

É evidente que qualquer lei provincial que offender a constituição, ou porque verse sobre assumpto a respeito de que a assemblea provincial não tenha faculdade de legislar, ou porque suas disposições por qualquer modo contrariem algum preceito fundamental, as attribuições de outro poder, os direitos ou liberdades individuaes ou politicas dos Brasileiros, é evidente, dizemos, que tal lei é nulla, que não passa de um excesso ou abuso de autoridade.

Um acto tal é uma especie de rebellião da autoridade provincial contra seu proprio titulo de poder. A propria assemblea geral não tem direito para tanto, as assembleas provinciaes não podem pois pretendê-lo. No caso de dar-se tal abuso elle deve ser desde logo cassado.²²¹

²²⁰ BUENO, José Antonio Pimenta (Marquês de São Vicente). *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve e C., 1857, pp. 103-104.

²²¹ BUENO, *op. cit.*, p. 181.

Pontue-se, ainda, a possibilidade de controle preventivo da atividade legislativa provincial por parte da Assembleia Geral, conforme previa o art. 16 do Ato Adicional, dirimindo o conflito entre o legislativo provincial e o chefe do executivo nos casos em que este nega sanção a determinado projeto por reputá-lo inconstitucional. Assinala PIMENTA BUENO que:

Quando o presidente da provincia denega o seu assentimento, não por questão de conveniencia, ou de inconvenientes do projecto, sim porque elle é offencivo da constituição, ou directa ou indirectamente, é o projecto reenviado á assembléa com a mesma formula: “volte á assembléa legislativa provincial”, e com as razões justificativas de sua inconstitucionalidade. Se depois da respectiva discussão, dous terços de votos dos membros da assembléa, ainda assim não concordão com as razões do presidente, é o projecto com estas transmittido e subordinado ao conhecimento da assembléa geral, para que esta decida a questão, e declare se o projecto deve ou não ser sancionado.²²²

Consigna MARCELO CASSEB CONTINENTINO que esse poder de cassação das leis provinciais pela Assembleia Geral foi exercido naquele período, impondo-se reconhecer, nesse sentido, que houve efetivo controle de constitucionalidade – posto que político – durante o período imperial brasileiro. Conforme expõe o autor:

(...) a maioria dos casos nos quais se exerceu o controle de constitucionalidade estava relacionada com a preservação da competência legislativa da Assembleia Geral. No entanto, houve situações nas quais a deflagração da inconstitucionalidade da lei decorreu de sua incompatibilidade material com o conteúdo da norma constitucional. Nesse sentido, leis provinciais do Rio Grande do Norte e Minas Gerais foram declaradas inconstitucionais porque, ao concederem privilégios para indústria de fabricação louças, teriam tolhido a liberdade constitucional de exercer qualquer gênero de trabalho ou indústria. (...) O juízo de inconstitucionalidade material motivou a suspensão de impostos provinciais considerados ‘excessivos’, os quais poderiam ameaçar a indústria e direitos gerais. Em outra situação, foi reconhecida a inconstitucionalidade de lei da Província do Piauí (...) por fixar uma distinção étnica entre brancos e pardos/libertos para ingresso numa irmandade religiosa daquela Província.²²³

Há quem possa defender que não se tratava, propriamente, de um controle de constitucionalidade das leis provinciais, mas um instituto mais próximo do *référé législatif*, que consistia em procedimento destinado a solucionar conflitos de interpretação por meio da submissão do caso ao Poder Legislativo. Pede-se licença aos entendimentos contrários, para concordar com a primeira posição, notadamente diante da circunstância dos atos legislativos

²²² BUENO, *op. cit.*, p. 187.

²²³ CONTINENTINO, *op. cit.*, pp. 298-299. Conforme o Visconde do Uruguay, em tom crítico, desde a vigência do Ato Adicional (1834) até a publicação de seu estudo (1865), apenas 21 leis provinciais “exorbitantes” vieram a ser “revogadas” pela Assembleia Geral, o que, segundo sua perspectiva, revela uma ineficácia desse controle (URUGUAY, *op. cit.*, pp. 419-423).

que viriam a ser invalidados não terem sido produzidos pelo mesmo órgão que faria o julgamento.

Segundo visto, o poder de “revogar” as leis provinciais pela Assembleia Geral tinha cabimento nos casos em que essas ofendessem, na forma do art. 20 do Ato Adicional: i) a Constituição, ii) os impostos gerais, iii) os direitos de outras províncias, e iii) os tratados. A aplicação, contudo, do termo “revogar” gerou controvérsia na Câmara dos Deputados. Havia leis que empregavam o termo “declarar nula e sem nenhum efeito”, enquanto outras, em maior número, valiam-se das expressões “revogar” ou “derrogar”. De acordo com o relato do VISCONDE DO URUGUAY:

O art. 20 do acto adicional emprega a palavra – revogar. – Diz que a Assembléa Geral poderá revogar os actos legislativos provinciaes que offenderem a Constituição, etc.

As leis da Assembléa Geral, que tem revogado leis provinciaes, empregão umas as palavras – declara nulla e como tal de nenhum efeito – outras, em maior numero servem-se das expressões – revoga, são revogadas, derogadas, etc.

Foi, na Camara dos Deputados, agitada em 1836 a questão – se a Assembléa Geral se devia servir da palavra – annular – ou da – revogar.

Propondo na sessão de 20 de Maio do dito anno a Commissão das Assembléas provinciaes a revogação de uma lei da Parahyba, punha o Deputado Evaristo Ferreira da Veiga emenda para que em lugar de – revoga-se, – se dissesse – É nulla e como tal fica de nenhum effeito.

O Deputado Luiz Cavalcanti observava:

“Que no Poder Judiciario, quando o Juiz superior revoga a sentença do Juiz inferior, está entendido que a sentença é nulla; mas no Legislativo, sendo pratica dizer-se, fica revogado tal acto, entende-se que só desde o dia da sancção da lei é que se revoga esse acto, e neste caso, pois, mister é mostrar que essa lei da Parahyba é revogada desde o seu principio, e por isso deve passar a emenda.”

O Sr. Carneiro Leão dizia:

“Que, passando a expressão – revogar – m pacto adicional, devia a Camara usar della, mas podendo definir aquillo que se ha de fazer, pois que todo o legislador, que tem o direito de derogar uma lei, tambem tem o direito de determinar o que se deve fazer... que, podendo haver leis que não tenham sido executadas, quando a Assembléa julgue dever derogal-as, basta que diga – fica derogada –; mas, podendo haver leis que já tenham sido executadas, e cujos effeitos sejam muito perniciosos á Assembléa Geral, deve dizer-se o que deve fazer-se, por exemplo, no acto de uma Assembléa provincial, que manda vender os bens dos frades, pode a Assembléa Geral, derogando essa lei, dizer que seus bens fiquem incorporados aos proprios nacionaes etc.”

Forão adoptadas na lei, que é a do n.º 41 de 14 de Outubro de 1836, as expressões – é nulla e como tal fica de nenhum effeito.

A intenção da Camara era, como parece pela discussão, annular os actos que houvessem sido praticados por virtude da lei provincial. Estava no seu direito, e quem anulla revoga.

Seria conveniente estabelecer principios fixos e praticos sobre este assumpto. Nas leis as palavas tem grande valor.²²⁴

Outra questão trazida pelo VISCONDE DO URUGUAY dizia respeito à ausência de um procedimento uniforme para o exame das leis provinciais pela Assembleia Geral. Destacava

²²⁴ URUGUAY, *op. cit.*, pp. 397-398.

que, em 1835, a Câmara dos Deputados determinara que fossem impressos todos os atos provinciais, que ficariam franqueados a qualquer deputado para que pudesse formalizar sua reclamação. Apesar disso, a iniciativa para essa fiscalização, que era algo raro, geralmente decorria de provocação da “Comissão das Assembleias provinciais” ou de um ou outro deputado que, por algum motivo, tivesse se interessado pela questão. O procedimento, a partir disso, não seguia um rumo previamente determinado. O Governo Geral buscou envolver a participação do “Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional”, de modo a que fosse ouvida sua opinião sobre a constitucionalidade da lei provincial objeto do controle. A sobrecarga de trabalho desse agente público, cuja função precípua era a atividade forense, não permitia, entretanto, que assumisse mais esse encargo. Posteriormente, o Conselho de Estado assumiu a incumbência, em seu Regimento provisório de 5 de fevereiro de 1842, por meio de suas “Seções” (órgãos internos), de examinar as leis provinciais. Assim, as “coleções de leis provinciais” eram remetidas a essas “Seções” para que fosse feita a sua revisão.²²⁵

O inconveniente do modelo de controle político desenvolvido pelo Ato Adicional de 1834 foi denunciado pelo VISCONDE DO URUGUAY ao destacar que:

Na verdade era extremamente difficil a tarefa. Era enorme a quantidade das leis exorbitantes. As Assembléas politicas, sobretudo numerosas, são improprias para trabalhos minuciosos e de longo folego, que requerem grande unidade e harmonia de vistas e idéas. Faltava o tempo, porque a applicação da interpretação adoptada a cada Lei provincial, tornaria a trazer uma discussão interminavel dos principios e opiniões já desattendidos pela dita interpretação.²²⁶

A problemática da atuação do Poder Judiciário diante de leis inválidas não passou despercebida pela análise do Conselho de Estado e pela visão ponderada do Visconde do Uruguay. Narra o publicista que a Câmara Municipal de Jaguarão formulou representação contra o juiz municipal em razão desse ter negado a instauração de executivo fiscal contra devedor de tributo municipal sob o fundamento de que a Lei provincial nº 435/1859 excedera a competência legislativa da Província. Entendeu o Conselho de Estado, na oportunidade, por meio do Aviso de 30 de janeiro de 1865, que a conduta do magistrado havia sido, naquele caso, irregular. Assentou o Conselho de Estado que:

Não cabe nas attribuições do Poder Judiciario negar-se a cumprir leis provinciaes por entender que excedem tal competencia, ou são inconstitucionaes, visto que a sua missão é applicar as leis aos casos occorrentes, podendo somente para este fim interpretar-as doutrinalmente no empenho de descobrir o seu verdadeiro sentido. Á Assembléa Geral compete revogar-as nos termos do art. 20 do acto addicional.²²⁷

²²⁵ URUGUAY, *op. cit.*, pp. 398-399.

²²⁶ URUGUAY, *op. cit.*, p. 402.

²²⁷ *Apud* URUGUAY, *op. cit.*, p. 407.

A posição exposta pelo Conselho de Estado, defende Visconde do Uruguay, devia ser entendida com temperamentos: “[n]ão é admissível tão larga e absoluta doutrina”, afirmava. No caso de oposição entre a lei geral (nacional) e a lei provincial, não há como o juiz cumprir ambas de forma simultânea. Ao aplicar a lei geral, necessariamente afastará a lei provincial, do mesmo modo que, ao aplicar a lei provincial, repelirá a lei geral. Nessa situação:

Se se limitar, como prescreve o Aviso, a aplicar a lei provincial ao caso occorrente, podendo sómente, para esse fim, interpretal-a doutrinamente, no empenho de descobrir o seu verdadeiro sentido, sómente conseguirá apurar o meio de violar a lei geral, cuja execução, como a empregado geral, lhe é especialmente confiada.

Na colisão de duas leis oppostas, emanadas de diversos poderes, dos quaes um é superior e fiscal do outro, o Juiz que não póde cumprir ambas, ha de cumprir a mais forte, porque emana de poder superior.

A legislação civil, da exclusiva competencia do Poder Geral, sujeita as acções que nascem dos contractos (com as excepções que sómente a mesma lei geral póde estabelecer) ao Poder Judiciario. Uma lei provincial incumbe o conhecimento de certos desses contractos a autoridades administrativas provinciaes.

Uma parte, fundada na lei geral, propõe uma acção derivada de algum desses contractos perante o Juiz. A parte adversa, fundada na lei provincial, oppõe a incompetencia que della nasce. O que ha de fazer o Juiz senão seguir a lei mais forte, a sua lei que regula a jurisdicção do Poder Judiciario ao qual pertence? O que hão de fazer as Relações e o Supremo Tribunal de Justiça quando o caso for levado ao seu conhecimento?

Nem se diga que o Poder Judiciario se arvora aqui em Juiz de competencias e de attribuições legislativas. Não se vai elle envolver de caso pensado nessas pendencias. Não se pode envolver nellas por modo algum como politicas ou administrativas.

Mas o negocio é de natureza judiciaria declarada pela lei geral. Apresentão-lhe duas leis oppostas para cumprir. Não ha de dizer que não cumpre nenhuma. Não póde cumprir ambas. Cumpre a mais forte, a que é especialmente sua, que regula o seu officio, que lhe está mais conchegada.

A doutrina do Aviso de que me tenho occupado procede quando a competencia é duvidosa, quando não é clara a opposição das leis, e especialmente em assumptos judiciarios.²²⁸

De qualquer modo, o período de vigência da Constituição Imperial não foi propício para a implantação de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Quando muito, conforme se viu, admitiu-se um controle político, exercido pela Assembleia Nacional de leis provinciais. Cumpre anotar, entretanto, que a experiência americana não era desconhecida e nem despercebida. Assim é que LÊDA BOECHAT RODRIGUES, fundada nos estudos de Carlos Süsserkind de Mendonça, narra terem sido Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira enviados, em julho de 1889, em missão oficial aos Estados Unidos, tendo o Imperador lhes solicitado que conduzissem estudos especialmente direcionados ao papel desempenhado pela Suprema Corte naquele regime constitucional, de modo a que se permitissem debates sobre o tema no sistema brasileiro de modo a criar-se instituição de semelhante envergadura,

²²⁸ URUGUAY, *op. cit.*, pp. 408-409.

transferindo-se-lhe, inclusive, as atribuições que compunham o então Poder Moderador. Como é sabido, contudo, “Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira não tiveram tempo de trazer ao Imperador as suas observações: a 15 de novembro de 1889, quatro meses depois, a República era proclamada”.²²⁹ Conforme relato de LÊDA BOECHAT RODRIGUES:

Em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: “Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto”.

Quatro meses depois o Imperador era deposto, mas essa sua idéia parecia estar na consciência de outros. Proclamada a República, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, copiando em grande parte o sistema americano de governo, copiou também em certos pontos a Corte Suprema dos Estados Unidos e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Este poder fora, na República do Norte, conquistado para a Corte Suprema através da interpretação judicial, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* (1803).²³⁰

Outrossim, consignou CÂNDIDO MOTTA FILHO que o eminente Conselheiro José Antônio Saraiva – também conhecido como Conselheiro Saraiva –, a insigne figura do Brasil Império, à época Senador, procurara Rui Barbosa para dele obter emprestada bibliografia do direito constitucional americano, a partir da qual almejava estudar com mais profundidade a estrutura e funcionamento do poder judiciário naquele país, notadamente em relação à Suprema Corte. Com efeito, a proeminente figura da política brasileira buscava meios de restabelecer a firmeza das instituições nacionais, que entendia abaladas naquele período que se confirmaria como sendo a derrocada do regime monárquico. Conforme assenta MOTTA FILHO, com base nos registros de Rui Barbosa:

Assim, nas vésperas da República o Conselheiro José Antônio Saraiva grande do Império, cujas vigas mestras percebia abaladas, ao andar à procura de fórmulas que pudessem estabelecer, as franquias liberais, a firmeza que, antes, gozavam as instituições, foi ao encontro de Rui Barbosa. “Lembro-me bem, recorda Rui, que, por essa ocasião, me procurou um de seus amigos, ainda personalidade das mais conspícuas na diplomacia, solicitando-me alguns livros de direito público americano nos quais o Senador desejava estudar sèriamente, a entidade do Poder Judiciário e, com especialidade, a do Supremo Tribunal Federal, no tipo do regime cuja adoção, entre nós, se começava a preconizar. A intuição daquele homem de Estado, por nãoção ainda vaga que lhe atravessava o espírito, compreendiera perfeitamente que a chave dêsse regime, a condição de sua vitalidade, o requisito essencial de sua existência e de seu valor, estava na organização da justiça.”

²²⁹ VELLOSO, *op. cit.*, p. 3.

²³⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. 2ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, t. I, p. 1.

Para pôr maior ênfase nessa narrativa, colocava, desde logo, como verdade, que a efetividade do regime republicano dependia do prestígio do Poder Judiciário. E, afinal, resumia o seu pensamento, dizendo: “Senhores, em nosso regime, o contrapêso é a justiça, como o seu oráculo mais alto é o Supremo Tribunal Federal (“Obras completas”, vol. XXXI, pág. 126).²³¹

Essas iniciativas de criação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro à semelhança daquele presente no regime constitucional americano já demonstravam uma inquietação política com o modelo constitucional brasileiro, denunciando que já haviam sido plantadas sementes no pensamento político e jurídico de então para a introdução de um sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis. Contudo, como é cediço, não houve tempo para saber se essas sementes renderiam frutos naquele regime, uma vez que a monarquia viria a sucumbir com o golpe de 15 de novembro de 1889. No regime republicano, a transformação do Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal e a introdução expressa do poder judicial de controle representaram uma guinada do constitucionalismo brasileiro, afastando-se das bases europeias, notadamente francesas, que o informaram ao longo do Império, e passando a incorporar com vigor elementos do constitucionalismo americano. É o que se passa a ver.

2.2. A INSERÇÃO DO MODELO AMERICANO DE CONTROLE JUDICIAL DIFUSO COM A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA: CARACTERÍSTICAS, DESENVOLVIMENTO E CRIAÇÃO DE MECANISMOS PARA SUPRIR INSUFICIÊNCIAS

Com a derrocada do regime monárquico, os republicanos que então assumiam o poder viram como necessário abandonar a estrutura governamental vigente no Império e buscar o modelo político contrário. Com isso, procuraram inspiração, naturalmente, na experiência da nação que representava o exemplo mais exitoso de organização republicana no mundo ocidental, isto é: nos Estados Unidos da América. Como bem pontuava CARLOS MAXIMILIANO: “O remedio, na therapeutica politica, sempre se procura nos regimens diametralmente oppostos. Encontrar-se-ia, portanto, no estabelecimento da república federativa presidencial”.²³² A implantação da República brasileira foi caracterizada pela forte influência do constitucionalismo americano, adotando, em sua primeira Constituição, datada de 24 de fevereiro de 1891, a estrutura federal e o sistema presidencialista, com sua metodologia de separação tripartida de poderes, elevando o poder judiciário à condição de poder político,

²³¹ MOTTA FILHO, Cândido. Rui Barbosa e o poder judiciário. *Revista de direito público*, São Paulo, ano I, v. 1, pp. 159-169, jul./set. 1967, p. 159.

²³² SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 61.

ampliando, ao menos na norma positivada, a independência do Judiciário e reforçando o papel dos juízes.

Contudo, não se pode descuidar que a adoção do regime republicano tem origens nacionais mais profundas, em aspirações de descentralização política da estrutura estatal que ladeavam o constitucionalismo brasileiro desde a Independência. Sobre esse processo, convém consignar a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que ressalta o mote do movimento que viria a talar o regime monárquico:

A ideia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do Império. Os federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823 e permanecem durante todo o Império, provocando rebeliões, até que, em 1889, vencem as forças monárquicas e implantam: a República, como forma de governo; o Federalismo, como princípio constitucional de estruturação do Estado; a Democracia, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais.

A primeira afirmação constitucional da República foi o Decreto 1, de 15.11.1889. Nele se traduz velha aspiração brasileira com a adoção do Federalismo que “responde a condições econômicas, sociais e políticas e fora já anteriormente reivindicação e realidade, da Colônia até a Regência. O Segundo Reinado abafa-o momentaneamente, jogando com os partidos e cortando os elementos mais exaltados”. As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, constituíram os Estados Unidos do Brasil, e esses Estados decretaram oportunamente sua Constituição definitiva e elegeram seus corpos deliberantes e seus governos (arts. 1º, 2º e 3º). O Governo Provisório providencia a constitucionalização do novo regime, convocando um Congresso Constituinte que elabora a primeira Constituição republicana: Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no dia 24.2.1891, que consolidou a República e a Federação e instituiu o Presidencialismo.²³³

Em 3 de dezembro de 1889, o Governo Provisório, por meio do Decreto nº 29, cuidou de nomear comissão, composta por cinco republicanos ilustres, que foi encarregada de elaborar o projeto de nova constituição para o País, texto que serviria de base para as discussões e debates de uma futura Assembleia Constituinte.²³⁴ Foram, de início, elaborados três projetos, cabendo à referida “Comissão dos Cinco” fazer um substitutivo geral a partir da fusão destes. O texto resultante dos trabalhos dessa comissão consistiu em 117 (cento e dezessete) artigos e outros 9

²³³ SILVA, José Afonso da. O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27. De outro lado, Carlos Maximiliano defende que a influência americana seria ainda mais antiga e penetrante na história do pensamento constitucional brasileiro: “O influxo norte-americano que se nos depara na Constituição de 24 de Fevereiro, tinha raízes seculares; inspirou as primeiras idéas de independência em 1786, e a conspiração mallograda em 1789, a qual lançou na terra empapada de sangue uma sementeira formidável, graças ao martyrio de 21 de Abril de 1792: um sonhador heroico foi enforcado, e espostejado em seguida.” SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 18.

²³⁴ Conforme Afonso Arinos: “Era ela [a Comissão] composta de cinco (5) membros (de onde o seu nome de ‘Comissão dos Cinco’) dos quais dois, SALDANHA MARINHO e RANGEL PESTANA, eram signatários do manifesto de 1870, enquanto os três outros, AMÉRICO BRASILIENSE, SANTOS WERNECK e MAGALHÃES CASTRO, pertenciam também ao grupo dos republicanos históricos.” FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. II: formação constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 125.

(nove) dispositivos transitórios, sendo entregue ao Governo Provisório em 24 de maio de 1890. O projeto, que não agradou inteiramente ao Governo Provisório, foi revisto por Rui Barbosa, que cuidou de promover alterações no texto. Sobre as alterações promovidas por Rui Barbosa, expõe LÊNIO LUIZ STRECK o que segue:

Recebido o projeto da “comissão dos cinco”, o governo provisório entregou-o à revisão de Rui Barbosa, para reexaminá-lo antes da publicação em decreto, ad referendum da Assembleia Constituinte. Rui Barbosa efetuou uma série de emendas ao projeto. Suprimiu as atribuições do Legislativo de estabelecer a interpretação autêntica e de velar pela guarda da Constituição; ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal para todas as questões decididas pelos juízes e tribunais estaduais que negassem a validade das leis federais, que afirmassem a validade de leis e atos dos governos estaduais contestadas em face da Constituição ou das leis federais, ampliação essa que foi estendida aos juízes federais, que passaram a ter a competência para julgar as causas em que alguma das partes se baseasse em disposições da Constituição.²³⁵

Concluído o Projeto do Governo Provisório, cujo texto foi essencialmente o estabelecido por Rui Barbosa, foi este convertido no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que ganhou a denominação de “Constituição aprovada pelo Executivo”, que passou a ser, a partir de então, a “Constituição provisória” que regeu o País e que tratou de convocar o “Congresso Constituinte” – não se tratando, portanto, de Assembleia Constituinte exclusiva –, que viria a ser eleito em 15 de maio de 1890 e instalado em 15 de novembro do mesmo ano.

Cumpre destacar que, diante de conflitos surgidos com a Igreja Católica e com setores da sociedade em razão da previsão ensino leigo, decidiu o Governo Provisório “republicar” a Constituição provisória por meio do Decreto nº 914-A, de 23 de outubro de 1890, com pontuais alterações sobre a matéria objeto da controvérsia, mantendo a previsão do ensino leigo apenas nas instituições públicas. Com o Congresso Constituinte, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo texto final não resultou em mudança significativa do texto apresentado no Projeto do Governo Provisório. Assim, para além da inspiração para o novo nome dado ao País, sedimentou-se na estrutura governamental do País a federação e o presidencialismo de direta inspiração americana.²³⁶

Essa nova fase do pensamento constitucional brasileiro, que surgia com a República, teve como um de seus principais artífices, conforme visto, o jurista baiano Rui Barbosa, que exerceu relevante papel para a estruturação constitucional do Brasil republicano. Foi um momento de transição do constitucionalismo brasileiro de forte influência da matriz europeia

²³⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 136.

²³⁶ Ver: SILVA, *op. cit.*, 2011, pp. 53-55; FRANCO, *op. cit.*, pp. 124-129; e FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. História breve do constitucionalismo no Brasil. *Revista de direito público (RDP)*, São Paulo, ano I, v. 3, pp. 62-98, jan./mar. 1968, p. 76.

durante o período imperial para buscar aderir ao movimento constitucional de origem americana, posto que não como fonte única de inspiração. Conforme pontua JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A 24.2.1891 promulgava-se, pois, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Estabeleceu-se que a Nação Brasileira adotava como forma de governo a República Federativa, constituída, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Cada Província virou Estado da Federação instituída já pelo Decreto 1, de 15.11.1891. Perfilhou-se o regime democrático representativo. Optou-se pelo Presidencialismo à moda norte-americana. Rompera-se com a divisão quadripartida dos Poderes da Constituição imperial, agasalhando a doutrina tripartida (Legislativo, Executivo e Judiciário). Firmara-se a autonomia dos Estados. Previra-se a autonomia dos Municípios. A Constituição era um belo arcabouço formal, tecnicamente bem-feita a sintética (91 artigos; a do Império tinha 179). Era, como disse Amaro Cavalcanti, o “texto da Constituição norte-americana completado com algumas disposições das Constituições suíça e argentina”.²³⁷

Consequentemente, era de se esperar que, a par da federação e do presidencialismo, uma das principais características do constitucionalismo americano não passasse despercebido dos atentos olhares dos republicanos brasileiros: a função atribuída ao poder judiciário – juízes e tribunais – de exercer o *judicial review of the legislation*. Assim, veio dos Estados Unidos a inspiração para a introdução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Sobre o tema, como bem pontua CELSO AGRÍCOLA BARBI:

Com o término do Império e o advento da República, cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, substituído que foi pelas novas idéias, providas dos Estados Unidos da América do Norte. Como consequência, os ideólogos do novo direito constitucional brasileiro procuraram, desde logo, introduzir o sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela Nação, isto é, o controle por via de “exceção”, destacando-se nesse trabalho Rui Barbosa, que contribuiu decisivamente para a implantação do instituto.²³⁸

Nessa linha, o Decreto nº 510, de 22/06/1890 (Constituição Provisória), já continha a previsão do controle judicial de constitucionalidade ao disciplinar, em seu art. 58, § 1º, *a* e *b*, as atribuições do Supremo Tribunal Federal. Com a edição do Decreto nº 848, de 11/10/1890, que organizou a Justiça Federal, houve o reforço da previsão do controle judicial,

²³⁷ SILVA, *op. cit.*, 2011, pp. 55-56. Nesse mesmo sentido, salienta Marcelo Figueiredo que: “Rui Barbosa, inspirado nas Constituições dos Estados Unidos da América, Argentina e Suíça, influenciou fortemente a concepção da Constituição de 1891, que estabeleceu um regime presidencialista do tipo norte-americano (o Poder Executivo não poderia dissolver a Câmara de Deputados e nem era obrigado a escolher os Ministros de confiança desta) e introduziu o controle judicial moderado (art. 59, § 1º, “b”, da Constituição de 1891), pois as leis estaduais podiam ser declaradas inconstitucionais. Logo em seguida, a Lei 221, de 1894, art. 13, § 10, completou esta orientação, atribuindo aos tribunais o poder de não aplicar as leis inconstitucionais”. FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 13.

²³⁸ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In VV.AA. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 134.

transformando o então “Supremo Tribunal de Justiça”, do Império, no “Supremo Tribunal Federal”, aproveitando parte relevante dos membros que já compunham aquela Corte. A Constituição Federal de 1891 acaba consolidando a adoção do modelo americano de controle difuso e concreto de constitucionalidade. Afirma CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO que é com a República que o Supremo Tribunal Federal é alçado à condição de poder na estrutura governamental:

A República, proclamada a 15 de novembro de 1889, marca o surgimento do Supremo Tribunal Federal como poder. O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, significou o primeiro passo para a instituição do Supremo Tribunal Federal nos moldes da Suprema Corte norte-americana. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, transformou o Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal. Promulgada a Constituição republicana, a 24 de fevereiro de 1891, instalou-se o Supremo Tribunal Federal, no dia 28 de fevereiro de 1891, com quinze ministros, a maioria dele vinda do Supremo Tribunal de Justiça (...).²³⁹

Tratava-se, assim, de um rompimento com as origens e bases do constitucionalismo brasileiro do período pós-Independência e que vigoraria no regime imperial. O Brasil República buscava na América do Norte a inspiração para a reformulação do pensamento constitucional e o estabelecimento de novos alicerces para a construção do Estado e da ordem jurídica. Na esteira desse movimento, foi introduzido no direito constitucional brasileiro o poder judicial de controle da constitucionalidade das leis à semelhança daquele existente nos Estados Unidos da América. Essa nova perspectiva do direito constitucional e do papel do poder judiciário que surgiria com a República foi assim apreendida por MANOEL FERRAZ DE CAMPOS SALLES quando da elaboração da exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que cuidou de organizar a justiça federal:

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderancia que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social.

Não se trata de tribunaes ordinarios de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta á applicação das leis nas multiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa.

E' a vontade absoluta das assembléas legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não extinguido as doutrinas do arbitrio soberano do poder executivo.

²³⁹ VELLOSO, *op. cit.*, p. 2.

A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi oppor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos.

Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto.²⁴⁰

Depreende-se, destarte, que o governo provisório teve acentuada preocupação com o papel a ser desempenhado pelo Judiciário no novo regime constitucional brasileiro, emprestando-lhe nova conformação institucional e atribuindo novos e ampliados poderes, alçando-o a um novo patamar na organização política nacional. Esse novo e reforçado papel do Poder Judiciário no novo modelo constitucional, notadamente a concessão do impactante poder de controle das decisões das maiorias parlamentares e do próprio Executivo, não deve ser entendido como mero ato de desprendimento por parte governo provisório. Antes, essa manobra decorreu, conforme ressalta Lênio Luiz Streck, fundado nas lições de Nelson Jobim, da necessidade de proteção do novo regime constitucional republicano e federativo contra possíveis – para não dizer prováveis – maiorias monarquistas e centralistas.

Para exata compreensão desse contexto, é preciso ressaltar que, quando da convocação de eleições para o Congresso Constituinte, pelo Decreto nº 78-B, de 21/12/1889, a ameaça de maioria monarquista era uma realidade, em razão da capilaridade e popularidades dos tradicionais e vetustos partidos conservador e liberal, de cunho monárquico. O regime de voto distrital puro que vigorou durante o Império tendia a favorecer os candidatos desses dois partidos, que já se encontravam presentes e organizados em todo o território nacional e há décadas se revezavam no poder – ao contrário do Partido Republicano, mais recente e menos difundido. A Proclamação da República, que não fora um movimento de base popular, defrontava-se com a circunstância de que “[a]s raízes do *ancién régime* estavam incrustadas por todo o País”.²⁴¹ Logo, a possibilidade de uma Constituinte de maioria monarquista poderia colocar a perder os projetos republicanos. Em razão disso, foi necessária uma manobra no sistema eleitoral, sendo aprovado o Decreto nº 511, de 23/06/1890, conhecido como “Regulamento Cesário Alvim”, disciplinando especificamente o processo eleitoral para a Assembleia Constituinte, instituindo o sistema de listas de candidatos, tomando-se todo o território do estado-membro como circunscrição eleitoral. Com isso, “[o] partido republicano,

²⁴⁰ SALLES, Manoel Ferraz de Campos. Exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Coleção de Leis do Brasil - 1890, p. 2744, Vol.-Fasc. X. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em 14/01/2023.

²⁴¹ STRECK, *op. cit.*, 2023, p. 131.

em face do sistema de listas, conseguiu ampla maioria na Assembleia. E o projeto de Constituição foi aprovado, sem traumas. A primeira batalha havia sido vencida”.²⁴²

A manobra eleitoral para composição da Assembleia Constituinte não seria, contudo, suficiente para garantir os avanços no novo regime constitucional republicano e federativo. Isso porque caberia ao novo Congresso Nacional, incumbido do Poder Legislativo no sistema republicano, a aprovação da legislação infraconstitucional e a regulamentação de dispositivos constitucionais. Pelo órgão legislativo passariam matérias de inegável interesse nacional. A despeito disso, não era uma opção manter conservadores e liberais aliados do processo político, nem era possível a continuar sob a proteção das regras eleitorais estabelecidas *ad hoc* pelo Regulamento Alvim. Assim, era necessário assumir o risco de formação de maiorias parlamentares de cunho monarquista ou centralista. É nesse cenário que a outorga do poder de controle de constitucionalidade aos juízes e tribunais foi um meio de garantir a hígidez do novo regime constitucional. Eis as lições de LÊNIO STRECK:

Era por demais evidente a existência do risco da eleição de um parlamento adverso. É por tais razões que, levando em conta esse quadro político-institucional, o Congresso republicano vai entregar a garantia da instituição e da afirmação da República na lei infraconstitucional aos juízes e ao Supremo Tribunal Federal. O novo regime sabia que poderia não ter maioria para fazê-lo. Nas palavras de Jobim, ninguém renunciaria a esse poder e ninguém entregaria o poder para um órgão não majoritário e não democrático, como é o Poder Judiciário, cujo fundamento é o concurso público e não o voto popular, se isso não fosse necessário. No fundo, aduz a "transferência" do poder do Congresso Nacional republicano ao Poder Judiciário (observe-se que a Justiça Federal foi criada ainda no Governo Provisório, antes, portanto, da promulgação da Constituição), o que ocorre pela exata razão de que a República corria o risco de a monarquia voltar pela lei infraconstitucional: “Por isso, outorgou aos juízes essa função, a função de garantir a República via sentença”.²⁴³

Entregou-se ao Poder Judiciário, dessa forma, a incumbência de fazer prevalecer a nova Constituição, protegendo a República recém-instalada, arbitrando os conflitos entre os entes e garantindo o bom funcionamento da Federação, exercendo os necessários freios e contrapesos frente aos demais Poderes dentro do sistema presidencialista, bem como salvaguardando os direitos fundamentais frente a maiorias políticas volúveis. A estruturação da Justiça Federal seguiu essa perspectiva, preocupando-se em colocá-la como instrumento de contenção de movimentos restauradores contrários às novas diretrizes. Recorre-se mais uma vez à doutrina de LÊNIO STRECK, segundo o qual:

A justiça federal era criada já com a ideia de atuar como remédio contra maiorias parlamentares reacionárias que, em face do enraizamento das ideias

²⁴² STRECK, *op. cit.*, 2023, p. 131.

²⁴³ STRECK, *op. cit.*, 2023, pp. 132-133.

centralistas/monarquistas forjadas durante décadas em uma sociedade que foi uma das últimas a abandonar o modo de produção escravagista, poderiam vir a ocorrer futuramente, por ocasião do processo de feitura das leis e da regulamentação da futura Constituição.²⁴⁴

O sistema de controle judicial introduzido no País a partir da República seria, então, erigido a partir do modelo difuso americano, atribuindo-se aos diversos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação de leis contrárias à constituição, reconhecendo-lhes a sua nulidade. Nesse modelo, o controle passaria a ser feito de modo concreto e incidental, também denominado como controle por “via de exceção ou defesa”. Conforme dispunha o art. 3º do citado Decreto nº 848/1890, que organizou a Justiça Federal, “Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte”. Desse modo, adotou-se a linha de que o controle exercido pelo judiciário somente poderia ser feito no caso concreto (“intervenção na espécie”). Conforme CELSO AGRÍCOLA BARBI:

Esse dispositivo, sem dúvida, consagrava o sistema do controle por via de “exceção”, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte. E no artigo 9.º, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, dispôs no § 1.º, alíneas a e b de forma igual à Constituição Provisória.²⁴⁵

Em razão disso, à semelhança do que fizera a Suprema Corte americana ao recusar-se a atender pedido do então Chefe do Executivo Federal para exercer atividade consultiva acerca da correta interpretação do Tratado de 1778 que a então jovem nação celebrara com a França, também o Supremo Tribunal Federal cuidou de assentar, em *terrae brasiliis*, que o Poder Judiciário, na ordem constitucional brasileira, não realiza a interpretação das leis em abstrato, tratando-se de atividade restrita à resolução dos litígios que lhe são submetidos: “os juízes não interpretam as leis em abstracto, e sim sómente na applicação ás especies de seu julgamento pelos meios estatuídos”.²⁴⁶⁻²⁴⁷ Tem-se, destarte, que o Poder Judiciário “[e]m nenhum caso

²⁴⁴ STRECK, *op. cit.*, 2023, p. 135.

²⁴⁵ BARBI, *op. cit.*, p. 135.

²⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. Accordão nº 1, de 3 de dezembro de 1892. *Apud* SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 624.

²⁴⁷ Carlos Maximiliano ressalta, ainda, dois outros julgados paradigmáticos sobre o tema: “Pretores da Capital reclamaram contra um acto do Governo, que os prejudicava. O Supremo Tribunal decidiu, na mesma data (3 de Dezembro), não conhecer do pedido ‘por não se comprehender entre as suas attribuições a de tomar conhecimento de protestos contra a falsa interpretação das leis ou representar ao Poder Executivo sobre a intelligencia e applicação dellas’. (Accordão n. 2).”

‘Ouvida sobre a constitucionalidade da collocação de symbolos religiosos no jury e em outros lugares frequentados por individuos de crenças diversas, a côrte respondeu que não era tribunal de consulta, e sim de julgamento; velaria na guarda da Constituição e das leis sem interpretar em abstracto os textos, nem resolver duvidas, ‘intervindo em especie, e por provocação da parte, julgando (fôra dos casos de jurisdicção originaria) em

exerce a jurisdição de modo espontâneo; atua sempre depois de provocado, por meio de ação, ou por outro modo previsto em lei. Não responde a consultas”.²⁴⁸

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 cuidou de prever expressamente o poder judicial de controle da constitucionalidade das leis.²⁴⁹ Conforme estipulava o art. 60, “a” e “b”, daquele Texto, competia aos Juizes ou Tribunais Federais processar e julgar “as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal”, bem como “todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo”. Conforme ressalta PEDRO LESSA, o fato de a Constituição ter atribuído à Justiça Federal o julgamento das causas nela fundadas não significou vedação à aplicação da Lei Maior pelas Justiças Estaduais. Assim, quando os pedidos fossem formulados com base em fundamentados outros além da Constituição ou se a questão constitucional surgisse no curso do processo judicial, a competência para julgamento seria da Justiça Estadual. Conforme escólio do referido autor:

Se, além da inconstitucionalidade, o autor, ou o réu, articula qualquer outro fundamento; se, por exemplo, allega em seu favor a disposição de uma lei ordinaria federal, ou da Constituição ou de lei secundaria de um Estado; se pretende demonstrar que o acto tachado de inconstitucional tem, além disso, o defeito de infringir alguma outra lei, nacional, ou local; a justiça competente para processar e julgar o feito é a local, com recurso extraordinario para o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 59, 2 1º, da Constituição.

Se, depois de proposta e contestada a acção, o autor, ou o réu, no correr do processo, invoca em seu favor um preceito constitucional, pela mesma razão á justiça local compete processa e julgar o litigio, muito embora a decisão final tenha por objecto a questão constitucional.

As regras expostas têm seu fundamento no principio constitucional, que creou as justiças locais para a função de processar e julgar todas as causas, excepto as enumeradas neste artigo 60 da Constituição, de aplicar todas as leis federaes, inclusive o direito civil, o commercial e o penal, exceptuados sómente os casos que se enumeram neste mesmo artigo 60. Sendo assim, desde que, além da questão constitucional, ha outra qualquer em um pleito judicial, o que é regular, o que manda a logica juridica, é que a justiça local primeiro desempenhe a sua tarefa de julgar, e

grau de recurso, as questões que houvessem sido resolvidas pelos juizes e tribunaes competentes, mediante as formas processuaes estabelecidas (Accordão n. 3, de 22 de Fevereiro de 1893)”. (*Op. cit.*, pp. 624-625)

²⁴⁸ SANTOS, *op. cit.*, p. 624.

²⁴⁹ Para José Carlos Moreira Alves, essa autorização aos diversos órgãos judiciários não seria tão expressa, decorrendo de forma indireta das cláusulas constitucionais constantes dos arts. 59, § 1º, *a e b*, e 60, *a*, do Texto de 1891. Conforme o autor: “A primeira Constituição republicana brasileira – a de 1891 –, inspirada no direito norte-americano, embora não outorgasse diretamente aos juizes e tribunais em geral o poder de afastar a aplicação das leis quando infringentes de dispositivo constitucional, indiretamente o fazia, quando, em seu art. 59, § 1º, *a e b*, atribuía ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos das sentenças das justiças dos Estados em última instância (...), e, no art. 60, *a*, outorgava competência aos juizes ou tribunais federais para processar e julgar ‘a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em dispositivo da Constituição Federal.’” (ALVES, José Carlos Moreira. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1).

depois, em grau de recurso extraordinario, a justiça federal diga a ultima palavra sobre a questão constitucional.²⁵⁰

Ainda, dispunha o art. 59, II, do texto originário da Constituição que ao Supremo Tribunal Federal competia julgar, em grau de recurso, as “questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais”. Por muito tempo, funcionou o Supremo Tribunal como segunda instância da Justiça Federal, até que fosse prevista a criação dos tribunais regionais.²⁵¹ Além disso, na forma do art. 59, § 1º, cabia à Excelsa Corte julgar, em recurso extraordinário, as decisões proferidas em última instância pelas justiças estaduais “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela” ou “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

Com a Lei Federal nº 221/1894, outro aspecto relevante do modelo de controle judicial difuso implantado na Primeira República foi estabelecido, uma vez que, em seu art. 13, § 10, restou previsto que: “Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição”. Assim, exigia-se o requisito da “manifesta inconstitucionalidade” para que o juiz ou tribunal pudesse declarar a invalidade de ato normativo. Logo, não caberia fazê-lo em caso de dúvida ou mera suspeita, casos em que, seguindo o entendimento da jurisprudência dos tribunais americanos, deveria prevalecer a presunção de constitucionalidade do ato normativo.²⁵²

²⁵⁰ LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, pp. 131-132. No mesmo sentido aduz Carlos Maximiliano que o Texto Constitucional outorga à justiça federal “(...) sómente a acção ou defesa que se baseia directa ou immediata e exclusivamente em preceito constitucional, e não em uma lei ordinaria tambem. Se o acto impugnado, além de violar o codigo supremo, transgride disposições de qualquer outro, do estatuto local ou de regulamento executivo, resolve a magistratura do Estado, embora haja recurso extraordinario para a da União. Se de outro modo se pensasse, todas as acções competiriam á justiça federal; pois a propriedade, commercio, a industria são garantidos pelo estatuto organico da Republica. A these constitucional deve vir isolada; sem connexão com qualquer lei federal, estadual ou municipal.” (*Op. cit.*, p. 647)

²⁵¹ Os Tribunais Regionais Federais vieram a ser previstos, pela primeira vez, no Decreto nº 4.381, de 5 de dezembro de 1921, cujo art. 22 estaeleceu que: “Fica o Poder Executivo autorizado a crear tres tribunaes regionaes no territorio nacional, observando as seguintes bases: (...)”.

²⁵² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 137-138.

Ainda sobre o tema, assinala José de Castro Nunes que a regra da *manifesta inconstitucionalidade* seria vazia de sentido, na medida em que a clareza da inconstitucionalidade para um é a obscuridade ou a dúvida para outros, não havendo maior consequência prática. Assim, essa exigência seria, antes, uma mera advertência ou conselho. Afirmo o autor que a verdadeira regra objetiva é a da presunção de inconstitucionalidade. Nas suas lições:

“Daí resulta que as leis do Congresso e os atos de igual fôrça, ainda que emanados do Executivo, são, quando arguidos de inconstitucionais, presumidamente válidos.”

‘Presume-se que a legislatura agiu dentro dos seus poderes constitucionais; de modo que na dúvida a Côrte se abstém de pronunciar a invalidade do ato. A opposição entre a Constituição e lei deve ser tal que o juiz experimente uma clara e forte convicção ‘*a clear and strong conviction*’ da incompatibilidade entre ambas existente. Nem se pronuncia a inconstitucionalidade por entender o juiz que a lei repugna ao *espírito* da Constituição.’

Outro ponto importante estabelecido pela indigitada Lei Federal nº 221/1894 concerne aos efeitos da decisão. De acordo com o preceituava o art. 13, § 11: “As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão”. Assim, tinha-se que a decisão judicial tinha seus efeitos restritos à causa, vinculando apenas as partes litigantes.

Cumprir reiterar, ademais, que a decisão judicial de inconstitucionalidade proferida *in concreto* não tem, tradicionalmente, o condão de anular a lei contrária à Constituição, mas apenas afastar a sua incidência na espécie. Evidentemente, isso não significa negar que uma lei inconstitucional é, *ipso facto* – segundo a doutrina adotada –, nula e írrita; mas apenas que o Poder Judiciário não tem poder de anulá-la e, com isso, provocar a sua extinção – sendo diferente, nesse sentido, do que ocorre com a anulação de atos administrativo inválidos, o que acarreta a extinção destes. Na lição de PEDRO LESSA, essa característica deriva do sistema do *judicial review* americano, segundo o qual o Poder Judiciário deve julgar a causa e não a lei; desse modo, se, ao decidir uma causa, o julgador se depara com uma norma constitucional e uma norma legal que são igualmente aplicáveis, mas com comandos contrastantes, caberá apenas deixar de aplicar a última em benefício da primeira, que é de maior hierarquia, sem, contudo, declarar a nulidade da norma legal afastada. Isso se explica, afirma o autor, pelo fato de que o Poder Judiciário não tem ascendência em relação ao Poder Legislativo, de forma que não lhe cabe anular os atos deste, mas apenas decidir as causas que lhe são submetidas em conformidade com o direito aplicável, afastando eventuais antinomias (reais ou aparentes) entre comandos normativos diversos. Transcreve-se o seguinte trecho da obra do citado jurista:

Ao julgar as acções fundadas em preceitos constitucionaes, violados por leis ordinarias, não deve a justiça federal declarar nulla a lei increpada. A jurisprudencia norte-americana a esse respeito é bem conhecida: a Suprema Côrte Federal, observa Willoughby, não julga jámais nulla uma lei; apenas julga o feito, sem attender á lei

‘Na realidade, porém, a regra jurisprudencial americana não fornece um critério objetivo de aferição do grau maior ou menor da inconstitucionalidade. Dizer que ‘*no act it to be declared unconstitutional unless it is clearly so beyond a reasonable doubt*’ não chega a ser um critério, uma regra, uma fórmula capaz de orientar o intérprete. Porque a evidência ou a não evidência da inconstitucionalidade está em função de preparo jurídico, da acuidade mental e até das idéias gerais do juiz no tocante aos aspectos correlatos com a decisão da lide.’

(...)

‘É uma fórmula vazia de sentido como regra objetiva de exegese. Se um juiz pronuncia a inconstitucionalidade é porque esta se lhe afigura tão clara e irrecusável quão obscura e duvidosa se depara aos outros juizes do mesmo tribunal que lhe não descobrem o vício apontado. Entretanto, uns e outros estão aplicando a mesma regra, quer os que pronunciam a inconstitucionalidade, por entendê-la manifesta, quer os que opinam de modo contrário, por menos convencidos da irrecusabilidade da arguição. Outros haverá ainda que terão por absolutamente constitucional a lei ou ato impugnado.’

‘Em última análise, a regra tão preconizada vale apenas como advertência ao exame individual, conselho a ser seguido pelo exegeta, atitude mental que o intérprete deve guardar no exame do texto em lide. A regra científica, objetiva, é a da presunção da constitucionalidade acima exposta. É esse o princípio fundamental da exegese constitucional.” NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, pp. 590-592.

inconstitucional, desprezando-a. A Côrte Suprema, accrescenta o eminente constitucionalista norte-americano, não tem superintendencia, supremacia, ou superioridade, em relação ao poder legislativo: a lei não se applica, porque infringe a Constituição.²⁵³

Também JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES destaca a consolidação, sob o regime de 1891, de um sistema de amplo controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pautado pelo caso concreto, ressaltando a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis *em tese*. Consigna que:

Ainda no final do século passado [i.e., Século XIX], o Supremo Tribunal Federal firmou o princípio de que cabia ao Poder Judiciário, em toos os seus graus, o poder de controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, nos casos concretos que lhe fossem submetidos, e não, no tocante às leis, o de declará-las inconstitucionais em tese.²⁵⁴

À vista do exposto, verifica-se que houve o cuidado de estabelecer-se, na nova ordem constitucional brasileira que se erguia com a República, um sistema de salvaguarda judicial da Lei Maior contra as investidas dos poderes legislativo e executivo, atribuindo-se tal missão aos diversos órgãos do poder judiciário. A inspiração, como se viu, era nitidamente o modelo constitucional americano, de forma que se elevou o judiciário ao *status* de verdadeiro poder, ao qual passaria a ser incumbido o dever de proteger a constituição contra as investidas dos demais poderes, declarando nulos os atos violadores do Texto Magno. Mais uma vez nas palavras de RUI BARBOSA:

(...) Si os constituintes americanos viam nos tribunaes “os baluartes de uma Constituição limitada contra as invasões legislativas”, nessa inspiração se embeberam igualmente os nossos, modelando pelo mesmo padrão as instituições congeneres no Brasil novo. Si o seu objecto, em summa, no exemplar trasladado por nós, é “manter a Constituição contra as leis”, fazer respeitar a Constituição pelos proprios legisladores, a cópia aqui, stereotypou o original, formando exactamente a justiça brasileira á sua imagem, poder real entre os outros, dotado amplamente, como na America do Norte, de funcções da soberania, juiz exclusivo da extensão de sua propria autoridade.

Em summa, pois:

Aos tribunaes federaes compete declarar a nullidade dos actos legislativos por quebra da Constituição Federal.

*Essa declaração, regularmente provocada, corresponde, para as justiças da União, não só a um direito legal, como a um dever inevitável.*²⁵⁵

O exercício dessa função, tal qual contemplado na Ordem Constitucional republicana, deveria ser necessariamente em caráter concreto e incidental, sendo exigidos, conforme lição

²⁵³ LESSA, p. 138.

²⁵⁴ ALVES, *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁵ BARBOSA, *op. cit.*, pp. 90-91.

de RUI BARBOSA: i) a presença de um litígio ou controvérsia; ii) a provocação do interessado; iii) a instauração de um regular processo judicial (de qualquer natureza); iv) que a questão de (in)constitucionalidade seja a causa de pedir do autor – mas jamais o próprio pedido – ou fundamento da resposta do réu; v) a decisão judicial deve se ater ao caso concreto, de modo que a declaração de inconstitucionalidade cinge-se à resolução do conflito ponto em juízo, afastando-se a incidência da norma inconstitucional no caso (não há anulação da lei reconhecida inconstitucional); e vi) que os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade atingem apenas as partes litigantes, de modo que outros conflitos semelhantes que viessem a surgir sobre a mesma questão demandariam o ajuizamento de novas ações para cada um. Eis a lição do preclaro jurista que merece transcrição:

Bem singelas são, portanto, as condições, graças ás quaes se obtem essa maravilha politica, se regula e legitima o appello á justiça contra as inconstitucionalidades administrativas, ou legislativas. Condensando-as em sua essencia, poderemos reduzir as condições necessarias para a regularidade no exercicio da função judicial contra os actos inconstitucionaes do Congresso, ou do governo a estes requisitos elementares:

1. *Que o direito, cuja offensa se accusa, assente em disposição constitucional, si o acto impugnado é do poder legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, si o acto acoimado fôr da administração.*

2. *Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.*

3. *Que essa intervenção se determine por acção regular, segundo as fórmulas técnicas do processo.*

4. *Que a acção não tenha por objecto directamente o acto inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira á inconstitucionalidade delle apenas como fundamento, e não alvo, do libello.*

5. *Que a decisão se circumcreva ao caso em litigio, não decretando em these a nullificação do acto increpado, mas subtrahindo simplesmente á sua auctoridade a especie em questão.*

6. *Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos analogos, emquanto o acto não fôr revogado pelo poder respectivo, de novas acções, processadas cada uma nos termos normaes.*

Regras todas estas consubstanciaveis numa só, que aqui deixarei lançada, como elemento concorrente com as premissas anteriormente fixadas para a minha deducção final:

*A inapplicabilidade do acto inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em acção adequada e executavel entre as partes.*²⁵⁶

As características do controle judicial difuso introduzido na Primeira República foram também enumeradas pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão datado 1896 e referenciado por CARLOS MAXIMILIANO em seus comentários ao Texto de 1891, assentando-se: i) a exigência de um caso concreto de caráter litigioso; ii) a existência de atos individuais ou concretos em torno dos quais se dá a controvérsia (vale dizer: o objeto do litígio não é o próprio ato normativo, mas algum ato com base nele praticado); iii) impossibilidade de anulação judicial de leis e

²⁵⁶ BARBOSA, *op. cit.*, pp. 127-129, grifos do original.

regulamentos, restringindo-se o Judiciário a apenas afastar a sua incidência naquele caso concreto (isto é: julgar o caso sem aplicação do ato normativo); iv) o reconhecimento da inconstitucionalidade pelos juízes é matéria atinente apenas à fundamentação da sentença, não se confundindo o mérito da demanda, de forma que o dispositivo de decisão não trata da invalidade da norma, mas limita-se a tratar da anulação do ato individual ou concreto objurgado; e, por fim, v) o Poder Judiciário não exerce a função de “legislador negativo”, ou seja: não cabe aos juízes ou tribunais analisarem a lei de forma abstrata (ou “em tese”) e anularem-na ou suspenderem-na de modo genérico, como se a revogassem, devendo, pelo contrário, ater a análise da validade da incidência da lei em relação ao específico caso concreto subjudice (intervenção, portanto, “em espécie”). Cumpre trazer essas considerações:

No Accordão de 30 de Maio de 1896 firmou a côrte suprema do Brasil os seguintes principios: 1.º, os juizes e tribunaes federaes, na guarda e applicação das leis nacionaes, só podem intervir em especie; 2.º, esta intervenção suppõe actos individuaes ou concretos, como objecto do pleito, aos quaes a sentença dá ou nega effeitos juridicos; 3.º, a Lei numero 221, de 20 de Novembro de 1894, permite que os tribunaes federaes annullem no todo, ou em parte, os *actos administrativos*, offensivos de direitos individuaes, ao passo que, referindo-se ás leis inconstitucionaes e aos regulamentos illegaes, apenas autoriza a que não sejam applicados aos casos occurrentes (art. 13, §§ 9 e 10); 4.º, muito embora os juizes possam, deduzindo os fundamentos de suas decisões, demonstrar a inconstitucionalidade de leis ou regulamentos, não lhes é dado comtudo concluir pela annullação destes, ou daquellas, e, sim, pela annullação dos actos praticados em virtude das referidas leis ou regulamentos; 5.º, ao Poder Judiciario não cabe declarar, em these, inconstitucionaes quaesquer leis ou regulamentos, e tão pouco mandar suspender-lhes a execução, revogando assim disposições legislativas, pois isto importaria intervir elle *in genere*, e não *in specie* apenas.²⁵⁷

A partir do exposto, tem-se que o controle judicial difuso e concreto de constitucionalidade foi implantado no Direito brasileiro já com os atos iniciais de instalação da Primeira República, modelo que restou consolidado no Texto de 1891, sendo espelhado, conforme visto, no modelo americano de *judicial review*. Relevante pontuar, contudo, que esse modelo construído no exólio do período republicano contava com falhas estruturais que minavam a sua efetividade na missão de salvaguardar a Constituição em seu conteúdo e em sua unidade.

A primeira dificuldade enfrentada pelo modelo judicial difuso foi de ordem política. A abrupta introdução do modelo conflitaria com a tradição jurídica brasileira – que durante todo o período anterior sofreu o influxo e influência do Direito de matriz europeia – acabaria encontrando naturais resistências no cotidiano da prática forense. Como anota OSWALDO

²⁵⁷ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, pp. 646-647.

ARANHA BANDEIRA DE MELLO, houve uma certa recalcitrância do Poder Judiciário em exercer esse novo mister: “A 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”.²⁵⁸ Nesse mesmo sentido, relata JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES que os atos de instalação do regime republicano “introduziam no direito constitucional brasileiro profunda inovação, de que, inicialmente, não se deu conta o Supremo Tribunal Federal, composto, em sua grande maioria, de membros advenientes do Supremo Tribunal de Justiça do Império que não conheciam esse poder”.²⁵⁹ Essa nova tarefa também representou um desafio aos demais juízes e tribunais.²⁶⁰

Desse modo, revelaram-se de fundamental importância, de um lado, os esforços de RUI BARBOSA em sustentar diante dos tribunais o seu poder de controle das leis.²⁶¹ Sobre a redação da Carta de 1891, assinalava o jurista baiano que a declaração de inconstitucionalidade, antes de ser um poder, era um dever outorgado a todo e qualquer juiz e tribunal das diversas hierarquias judiciárias, de modo que não havia distinção, com relação a essa função, entre os diversos órgãos judiciários, fossem da primeira instância, fossem estaduais ou federais, fosse o próprio Supremo Tribunal Federal. A todo juiz e tribunal era dado o dever de confrontar os atos legislativos e do Poder Público com a constituição e, em caso de conflito, fazer prevalecer esta, de mais alta hierarquia, em detrimento daqueles. Nas palavras do renomado jurista brasileiro:

²⁵⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 157.

²⁵⁹ *Op. cit.*, p. 2. Sobre o tema, relata Lênio Streck que: “O Supremo Tribunal Federal nasceu com 15 juízes, que foram nomeados 48 horas depois da promulgação da Constituição e instalados quatro dias depois no edifício da Relação do Rio de Janeiro, na rua do Lavradio. Foi aproveitada a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça, inclusive quatro conselheiros septuagenários, sete sexagenários e apenas quatro com menos de 60 anos. Alguns eram viscondes e barões. O baiano Freitas Henrique foi eleito presidente, o que irritou sobremaneira o mais velho, o Visconde de Sabará, o consagrado Saião Lobato. Observe-se que o Presidente Deodoro esqueceu-se da aprovação prévia do Senado, exigida pela Constituição. Tal lacuna foi suprida por iniciativa do Senador Amaro Cavalcanti. Rui Barbosa elaborou o Regimento Interno do Senado no que se refere às regras adequadas à aprovação dos Ministros, inspirando-se nas praxes norte-americanas.” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 142)

²⁶⁰ Relata Lênio Streck, com fundamento nos estudos de Lenine Nequete, que o juiz gaúcho Alcides de Mendonça e Lima, em virtude de ter deixado de aplicar a Lei nº 10, de 16/12/1895, que versava sobre a organização judiciária no Estado do Rio Grande do Sul, no que concernia às regras referentes à recusa de jurados e em relação ao voto a descoberto, foi denunciado e condenado, em acórdão de 10/02/1897, pelo Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à pena de suspensão do cargo pelo prazo de nove meses, com fundamento no art. 207, § 1º, com as agravantes do art. 39, §§ 2º e 4º, do Código Penal. E grau recursal, “Apreciando a matéria, rendeu-se o Supremo Tribunal Federal à argumentação de seu advogado, Rui Barbosa: reconheceu que o acusado, declarando nula, em parte, por inconstitucional, a lei rio-grandense, e deixando de aplicá-la, não excedera os limites das funções de seu cargo; pelo contrário, exercera-as regularmente: ‘Os juízes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais, como é expresso na Constituição da República, art. 59, n. 3, Lei 221, de 20.11.1895, art. 8º.’” (STRECK, *op. cit.*, 2023, pp. 137-138, nota de rodapé nº 67)

²⁶¹ Notadamente ao patrocinar causa de militares e civis que haviam sido reformados e demitidos pelos Decretos de 7 de abril e de 12 de abril, ambos de 1892, nos conturbados anos iniciais da Primeira República, de cuja atuação deu origem à celebrada obra “*A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*”, editada em 1893, contendo uma 2ª edição – utilizada nesta pesquisa – também datada de 1893.

A redacção é claríssima. Nella se reconhece, não só a competencia das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Sómente se estabelece, a favor das leis federaes, a garantia de que, sendo contraria á subsistência dellas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nullidade, ou a confirmará pelo motivo opposto. Mas, numa ou noutra hypothese, o principio fundamental é a auctoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunaes, federaes, ou locaes, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e applical-as, ou desapplical-as, segundo esse criterio.

É o que se dá, por effeito do espirito do systema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este proposito. “O intitulado *poder de annular as leis inconstitucionais*”, escreve BRYCE, “é antes um *dever* do que um *poder*, e *esse dever incumbe, não menos do que á Suprema Côrte Federal em Washington, ao mais humilde tribunal de qualquer Estado*, logo que perante elle se pleitêe feito, que levante a questão. Quando, portanto, como ás vezes até nos Estados Unidos acontece, fallam na Suprema Côrte como “guarda da Constituição”, apenas se quer dizer que é o tribunal de ultima instancia, ao qual se podem levar os processos, que envolverem questões constitucionaes. Mas as funcções da Suprema Côrte *são as mesmas, em genero, que as de todos os outros tribunaes, federaes, ou de Estado*. É obrigação della e delles applicarem a lei; e onde quer que um tribunal, *seja um tribunal de primeira instancia no Estado*, ou o tribunal federal da instancia mais alta, encontrar uma lei, de auctoridade inferior, contrariando uma lei de auctoridade superior, cumpre-lhe rejeitar a primeira, como não-lei, e executar a segunda”.²⁶²

De outro lado, foi fundamental para a sedimentação do controle judicial difuso o advento da Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, que, tendo por objetivo completar a organização da Justiça Federal, acabou por representar uma chancela do Legislativo e do Executivo ao poder judicial de controle da constitucionalidade das leis.²⁶³

²⁶² BARBOSA, Rui. *A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893, pp. 60-61. Em outra passagem, pontua Rui Barbosa, com sua costumeira eloquência:

“A recusa de submissão ás leis constitucionaes não é, pois, sómente ‘o direito natural do magistrado’, como dizia TOCQUEVILLE: é sua ‘missão’; é seu dever positivo. ‘O dever legal, *the legal duty*, de todo juiz’ (ensina um dos grandes mestres), ‘quer funcione, supponhamos, como magistrado no Estado de Nova York, quer sentencieie no supremo tribunal da União, é manifesto. Sua obrigação (*he is bound*) é tractar como nullo qualquer acto legislativo, inconsistente com a Constituição dos Estados Unidos. Este dever é tão obvio como o de um magistrado inglez, provocado a determinar a validade de um regulamento adoptado pela *Great Eastern*, ou qualquer outra companhia de viação ferrea. Proferindo sentença, o juiz americano tem que adscrever-se aos termos da Constituição, do mesmo modo como o seu confrade em Inglaterra ha-de obedecer resolvendo o caso, aos actos do parlamento’.”

‘Desse dever não é licito aos juizes declinar. ‘The duty to do this... it is now generally agreed that the courts cannot decline’. Chamados judicialmente a decidirem sobre a constitucionalidade de um acto de qualquer dos poderes, têm de negal-a, ou confirmal-a. Si se abstiverem de declarar-o inconstitucional, diz STORY, *ipso facto* lhe affirmam a constitucionalidade.” (*Op. cit.*, pp. 77-79).

²⁶³ Conforme Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Daí haver os próprios Poderes, Legislativo e Executivo, ao decretar aquele e ao sancionar este, a Lei federal 221, de 1894, affirmado, de forma categórica, no seu art. 13, § 10, que os juízes e tribunais federais processariam e julgariam as causas fundadas em lesão de direitos individuais, por ato ou decisão das autoridades administrativas da União; e que eles apreciariam a validade das leis e regulamentos, e deixariam de aplicar, aos casos occorrentes, as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição.” (*Op. cit.*, p. 157)

A necessidade de lei chancelando o que já previa a Constituição parece ser um mal característico do sistema jurídico brasileiro, País que ainda padece de uma teoria de fontes atenta à “revolução copernicana do direito constitucional”. Sobre o tema, reitera-se a indicação de leitura de: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

Em especial atenção ao papel constitucional do Supremo Tribunal Federal, tem-se que, desde sua fundação no regime republicado, submeteu-se à “prova de fogo” de assegurar direitos e garantias mesmo contra os interesses de governantes que acreditavam gozar do poder de impor a própria vontade de forma ilimitada e incontrastável. Embora nem sempre tenha o Supremo atendido ao que dele se esperava, “não se lhe recusará, na avaliação de seu desempenho, e amainadas as paixões da época, saldo altamente positivo na obra de consolidação da República e de sedimentação de suas próprias bases”.²⁶⁴ Nas palavras de ALIOMAR BALEEIRO: “Vacilou. Errou. Tergiversou. Mas dentro de pouco tempo, o Supremo Tribunal imbuu-se de sua missão e aos poucos, tenazmente, constitui-se realmente o guardião do templo das liberdades ameaçadas”.²⁶⁵

Nesse período conturbado da República Velha (1889-1930), pautado por inúmeros conflitos políticos, arbitrariedades e perseguições, ansiava-se pela atuação do Supremo Tribunal na salvaguarda das liberdades fundamentais. Confrontando o Poder Executivo, concedeu pedidos de *habeas corpus* formulados por Rui Barbosa em benefício de presos envolvidos na Revolução Federalista do Rio Grande do Sul e na Revolta da Armada.²⁶⁶ No campo do controle de constitucionalidade, à guisa de exemplo, cabe destacar a declaração de inconstitucionalidade, em 1894, da Lei Estadual de 25/08/1892, da Bahia, que criava imposto estadual de importação; ainda, em 1896, declarou a inconstitucionalidade de lei baiana que previa o imposto estadual de exportação.²⁶⁷ Conforme assinalou EMÍLIA VIOTTI DA COSTA sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse período incipiente de sua existência:

O papel mais importante da instituição nos primeiros cinco anos da República foi a defesa das liberdades civis e o estabelecimento de jurisprudência. O Supremo defendeu o direito de indenização aos proprietários em casos de desapropriação; manteve aposentadorias decretadas a bem do serviço público, bem como a demissão de funcionários federais em certos casos; defendeu direitos de imigrantes; afirmou a incompetência da Justiça Militar para o julgamento de civis; garantiu à Igreja a posse dos edifícios de culto; declarou ilegal a prisão a que estavam sujeitos os pacientes recrutados à força para o Exército; defendeu a imunidade parlamentar; definiu limites do estado de sítio; e determinou a libertação de presos ilegalmente detidos.²⁶⁸

Mais adiante, a Suprema Corte encampou a interpretação ampliativa do cabimento do remédio constitucional do *habeas corpus*, transformou-se em “instrumento de proteção jurídica

²⁶⁴ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal*, Corte Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 4.

²⁶⁵ *Apud* CORRÊA, *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁶ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2ª edição, São Paulo: Editora UNESP, 2006, pp. 30-34.

²⁶⁷ *Idem*, pp. 34-35.

²⁶⁸ *Idem*, p. 35.

contra qualquer ato arbitrário do Poder Público”, passando a ser empregado, no Brasil, “para proteger outros direitos individuais que estivessem vinculados, de forma direta ou indireta, à liberdade pessoal”.²⁶⁹ Tinha-se, então, acolhida, no âmbito do Supremo Tribunal, a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, construção jurisprudencial que alargava o escopo tradicional do *writ* para permitir uma proteção mais ampla das liberdades individuais.²⁷⁰ Anote-se, entretanto, que o entendimento restou superado com a Reforma Constitucional de 1926, que fez restringir o alcance do *writ* constitucional apenas ao direito de locomoção.

Assim, vencida a dificuldade inicial de aceitação do modelo, outra questão particularmente relevante, de ordem institucional, dizia respeito à posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal de recusar-se ao exercício da função de uniformização da jurisprudência. Diante da ausência de previsão constitucional expressa, entendia a Excelsa Corte que não lhe caberia o exercício das *funções nomofilática e uniformizadora*, isto é: a busca de unidade do Direito e de respeito à igualdade perante a lei e à legalidade (juridicidade).²⁷¹ Com isso, o Tribunal, assim como fazia o seu antecessor no regime imperial, colocava-se “indiferente às múltiplas e contraditórias interpretações que às leis uniformes do País davam as Relações revisoras, decidindo em última e derradeira instância”.²⁷² O problema viria a ser resolvido apenas com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 que, ao alterar as redações dos arts. 59 e 60 da Constituição de 1891, inseriu no texto constitucional, de forma expressa, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em última instância pelas justiças estaduais, “quando dous ou mais tribunaes locais interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica” (art. 60, § 1º, “c”, da Constituição de 1891). Para LÊNIO STRECK, a reforma constitucional disse o que era óbvio, não se sustentando a defesa de posições mais restritivas:

Vê-se, assim, que aquilo que desde o nascedouro da República estava implícito no Decreto 848, e que, mais do que qualquer coisa, era ingrediente importante para a afirmação do sistema federativo, somente ganhou forma a partir de uma emenda constitucional. Dito de outro modo, o Supremo Tribunal Federal, criado pelos republicanos para ser uma instituição para a manutenção da união nacional, como um autêntico “tribunal da federação”, ao não elaborar um processo hermenêutico mais

²⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

²⁷⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *La Cour Suprême dans le système politique brésilien*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 17.

²⁷¹ Sobre o tema: ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 320-327.

²⁷² STRECK, *op. cit.*, 2023, p. 138.

“agressivo/criativo” pelo qual se autoconcedesse a competência para uniformizar a jurisprudência, colaborou para o enfraquecimento institucional do País.

Nesse sentido, a denúncia do Ministro Pedro Lessa (que votava vencido, entendendo que essa prerrogativa estava estampada na ideia de federação e na própria exposição de motivos do Decreto 848), dizendo que se estava diante de um “manifesto desacato ao Poder Legislativo da União” e de um “desrespeito à autoridade da Federação”. De fato, é absolutamente incompreensível que o sistema federativo convivesse com um sistema jurídico que não contemplasse uma instância de concentração, de reparação, de uniformização da jurisprudência. Parafraseando as palavras de Rui: sendo o direito entre nós obra da União, ele não podia, sob qualquer hipótese, sob pena de colocar em risco o sistema federativo, ficar sem reserva à mercê dos Estados.²⁷³

Por fim, a despeito da internalização da cultura do controle de constitucionalidade e da (enfim) posituação de previsão expressa da competência do Supremo Tribunal Federal para uniformização da interpretação da lei federal, havia ainda um outro problema, de ordem jurídica, a ser enfrentado pelo modelo difuso de controle. Isso porque se inseriu no Brasil, cuja tradição jurídica é a da *civil law*, modelo de controle de constitucionalidade originado da *common law*, sem o cuidado e preocupação de internalizar princípios e institutos que permitem o seu adequado funcionamento. Assim, falhava o modelo por não contar com o princípio, doutrina ou instituto semelhante ao *stare decisis* do Direito anglo-saxão como forma de vinculação das instâncias inferiores às decisões das cortes superiores. Com isso, as decisões do Tribunal de cúpula podiam ser ignoradas nas instâncias inferiores, de modo que um preceito constitucional poderia receber sentido diverso daquele decidido pela Suprema Corte, bem como uma lei por ela declarada inconstitucional poderia seguir sendo livremente aplicada pelas demais cortes de justiça. Sobre a problemática, cabe colacionar a observação de LÊNIO LUIZ STRECK:

Havia, entretanto, um problema que afetava, sobretudo, as possibilidades do florescimento de uma jurisdição constitucional mais efetiva no Brasil, e que somente foi percebido no processo constituinte de 1933-1934, sem, contudo, a necessária suficiência, uma vez que sanado tão somente no ano de 1965. Com efeito, o maior problema dessa nossa embrionária forma de controle decorria do fato de que não havia como dar efeito *erga omnes* e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o controle di-fuso – enquanto mecanismo isolado – somente funciona no sistema do *common law*; ou, *contrario sensu*, o sistema romano-germânico não pode prescindir do controle concentrado de constitucionalidade. Explicando: nos Estados Unidos, modelo que nos inspirou, vige o sistema jurídico denominado *common law*, onde, por meio da doutrina do *stare decisis*, cada decisão da *Supreme Court* tem efeito vinculante. Observe-se que o *stare decisis* é regra costumeira, na medida em que não consta nem na Constituição nem nos *statutes* (leis escritas). Assim, se a *Supreme Court*, ao examinar um recurso – porque somente por recurso um *case* de índole constitucional chega até lá, pela inexistência do controle concentrado de constitucionalidade –, decidir que determinada lei ou dispositivo de lei é inconstitucional, pela regra do *stare decisis* nenhum juiz ou tribunal inferior poderá voltar a aplicar tal lei ou dispositivo. Estará, pois, vinculado ao *precedent*, mecanismo cujo funcionamento já foi delineado em capítulo específico.

²⁷³ STRECK, op. cit., 2023, pp. 139-140.

No nascedouro da República, pois, embora praticantes do modelo de direito romano-germânico, optamos pelo controle difuso de constitucionalidade, *sem qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão para o restante da sociedade*. Ou seja, formal e tecnicamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de um ato normativo, até o ano de 1934, ficava restrito às partes contendoras. Mesmo que o STF, apreciando recurso extraordinário, julgasse inconstitucional uma lei, qualquer outro juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la, exatamente pela ausência de um mecanismo que fizesse com que a decisão do Supremo Tribunal alcançasse todo o sistema jurídico.²⁷⁴

Conforme visto, a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 viria a ser o único ato de reforma constitucional aprovado sob a égide da Constituição de 1891. Com intuito centralizador, a reforma traria impactos relevantes no instituto da intervenção federal e, no campo da jurisdição constitucional, colocaria fim à “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, limitando o remédio constitucional apenas aos casos de direito de locomoção, bem como traria um rearranjo na redação dos arts. 59 e 60 do Texto Constitucional na disciplina da organização da Justiça Federal. Em relação ao modelo difuso, em “nada inovou quanto ao controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário”,²⁷⁵ mantendo as bases lançadas no texto original de 1891 e, com isso, não trouxe solução para o problema da ausência de instrumentos de vinculação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Em âmbito estadual, embora não tivesse a Constituição de 1891 sido expressa a respeito, cabe ressaltar que houve a implementação de sistemas de controle para garantia das constituições estaduais, com base na autonomia dos estados-membros e na sua capacidade de auto-organização prevista no art. 63 da Constituição de 1891.²⁷⁶ Diante da ausência de uma disciplina geral, caberia a cada um desses entes dar a sua solução ao tema, dando ensejo a diferentes experiências. Sobre o tema, convém destacar o estudo de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ:

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 estruturam-no livremente, sem obediência a qualquer modelo prefixado, ainda que se assemelhassem 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).²⁷⁷

²⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 141.

²⁷⁵ ALVES, José Carlos Moreira, *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁶ CF/1891: “Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União.”

²⁷⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 13, pp. 137-180, 2009. Sobre as experiências proporcionadas por essa ampla discricionariedade, convém transcrever os seguintes trechos do trabalho da eminente jurista: “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

A República Velha viria a colapsar com a Revolução de 1930, que teve suas origens em movimentos oriundos do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba, formando a “Aliança Liberal”, sob a liderança de Getúlio Vargas, candidato das “oligarquias divergentes”. Tem-se que a indicação do paulista Júlio Prestes pelo então Presidente paulista Washington Luiz fez romper a “Política do Café com Leite” que vigorava no cenário político nacional e que implicava a alternância – ou, melhor dizendo, o revezamento – no poder entre o Partido Republicano Paulista e o Partido Republicano Mineiro. Com isso, os mineiros passaram a apoiar o candidato gaúcho Getúlio Vargas. Contudo, a vitória do candidato paulista fez eclodir o movimento de revolução em Porto Alegre, em 3 de outubro de 1930, tendo recebido rápida e ampla adesão. Uma Junta Militar acabou por depor Washington Luiz em 24 de agosto de 1930 e assumiu o poder. Contudo, o movimento revolucionário obrigou-a a entregar o poder a Vargas.

A Segunda República teria início, então, com a edição do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, instituindo o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil.²⁷⁸ Conforme dispunha o art.1º do Decreto, reuniam-se nas mãos do Governo Provisório, de forma plena e discricionária, as funções próprias do Executivo e do Legislativo.²⁷⁹ A despeito de prever, em seu art. 4º, a manutenção da Constituição de 1891 e da legislação então em vigor, estabeleceu que estariam “(...) sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou

do Estado’. No tocante ao controle político, em regra, este se colocava, tanto pelo viés preventivo como repressivo, em todas as constituições estaduais, seja pela adoção do veto do Poder Executivo por motivo de inconstitucionalidade, seja pela introdução de algumas fórmulas inovadoras de controle preventivo ou repressivo. Citem-se, para exemplificar, disposições constantes das Constituições do Estado de Santa Catarina e de São Paulo, e que, de resto, estavam presentes em praticamente todas as constituições estaduais.’

‘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 municipais’, quando contrários à Constituição Estadual (cf. artigos 21, IX e XXIII, e 70, I); ao Presidente do Estado conferia competência para vetar projeto de lei que considerasse inconstitucional, veto que poderia ser derrubado pela Assembléia Legislativa por dois terços dos deputados presentes (art. 25 e §§1º e 2º); já no tocante ao possível controle jurisdicional, como sistema de defesa, a Constituição do Estado nada mencionava, até porquanto as atribuições dos órgãos do Poder Judiciário estadual seriam fixadas por lei, segundo dispunha o artigo 58 do texto constitucional. Não obstante o silêncio constitucional é admissível dizer que, à semelhança do que ocorria na esfera da Constituição Federal, a Constituição Estadual poderia ter a validade de suas normas questionada pelos juizes e tribunais, no exercício do controle difuso, com recurso ao órgão máximo da magistratura estadual. Na Constituição de Santa Catarina, recurso ao Superior Tribunal de Justiça do Estado.’

‘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’. (Op. cit., 2009, pp. 145-146)

²⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 62-63.

²⁷⁹ Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930: “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 Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país;”

por decreto dos atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um”. Consequentemente, “esse decreto desconstitucionalizou o País, transformando as normas constitucionais vigentes em simples regras de Direito ordinário”.²⁸⁰

Sobre o ato jurídico de instituição do Governo Provisório, assinalam PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE que:

Como expressão de força constituinte da nova ditadura republicana, aquele decreto só tinha similar em toda a história da Nação no Decreto nº 1 do primeiro Governo Provisório, que instaurou a República em 15 de novembro de 1889.

Ato institucional de um poder absoluto nascido das armas, o decreto de 11 de novembro de 1930 confirmava a dissolução do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas estaduais, quaisquer que fossem as suas denominações, bem como de todas as Câmaras Municipais, ao mesmo passo que suspendia as garantias constitucionais e excluía de apreciação judicial os decretos e atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade daquele diploma de força e de exceção.²⁸¹

Para além, contudo, das contendas entre paulistas e mineiros, a queda da Primeira República tem razões profundas marcadas pelas crises econômicas local e global. Havia a “necessidade de romper com a estrutura arcaica de nossa economia”, circunstância aliada ao “aparecimento de uma classe média urbana e a consequente formação de uma burguesia não rural, assim como as crises da economia mundial da década de 1920, especialmente o *crack* da Bolsa de Nova York (1929), que teve intensa repercussão na economia cafeeira do Brasil”.²⁸² Esse contexto é particularmente relevante para compreender a guinada do movimento liberal para uma predominância do pensamento social-democrático que iluminaria a Constituinte de 1933-1934, que buscava nos modelos internacionais de constituições sociais inspiração para o novo regime constitucional que se buscava implantar no País.

A expectativa e a confiança populares de dias melhores com as reformas introduzidas e de retorno à normalidade política e institucional logo foram frustradas pela recalcitrância e demora do Governo Provisório em convocar a Assembleia Nacional Constituinte. Os perfis ditatoriais de Vargas e da ala de apoio mais próxima indicavam o desígnio de ampliar o estado de exceção como meio de consolidar o projeto revolucionário. Essa demora na restauração dos poderes constitucionais acabou por produzir o agigantamento de um Poder Executivo dotado do monopólio das prerrogativas estatais e a figura de um Presidente que angariava poder pessoal incontrastável em relação às demais autoridades e instituições. O descontentamento fez eclodir, em São Paulo, a Revolução Constitucionalista de 1932 – embora não se descuide que o

²⁸⁰ Idem, p. 64.

²⁸¹ BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 10ª edição, Brasília: OAB Editora, 2008, p. 283.

²⁸² SILVA, *op. cit.*, 2011, p. 63.

movimento possa ter sido impulsionado, também, por uma reação da elite econômica cafeeicultora contra os movimentos econômicos que ameaçavam a sua hegemonia. De qualquer modo, o movimento teve o condão de acelerar a instalação da Assembleia Constituinte.²⁸³

Pontue-se que o Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, convocou as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte para 3 de maio de 1933 e criou uma Comissão para elaborar o anteprojeto de constituição. O Decreto nº 22.040, de 1º de novembro de 1932, cuidou de regulamentar o funcionamento dessa Comissão, que receberia o epíteto de “Comissão do Itamaraty” em razão das reuniões ocorrerem na sede do Ministério das Relações Exteriores. Essa Comissão viria a ter composição eclética em relação às posições ideológicas. Conforme assinalam PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE:

Da Comissão faziam parte personalidades de distintas posições ideológicas; uns da corrente conservadora com raízes na velha tradição republicana e liberal, quais, por exemplo, Mello Franco, Assis Brasil e Carlos Maximiliano; outros, um tanto inclinados ao pensamento social de esquerda, como João Mangabeira e José Américo de Almeida, e finalmente aqueles que mal dissimulavam um nacionalismo de direita tão em voga na época: tal o caso, por exemplo, de Oliveira Viana, e com certa similitude também o de Goes Monteiro e Themistocles Cavalcanti.²⁸⁴

O Decreto nº 22.621, de 5 de abril de 1933, dispunha sobre a convocação da Assembleia, aprovava o seu regimento interno e estabelecia o número de deputados que a comporiam. O Decreto nº 23.102, de 19 de agosto de 1933, cuidou, por fim, de estabelecer o dia 15 de novembro daquele ano como a data de início das atividades da Assembleia Constituinte, o que acabou por se concretizar com a sessão solene de instalação.²⁸⁵ Os constituintes de 1934 tinham, no cenário internacional, o relevante impacto causado pelo constitucionalismo social marcado nas constituições de Querétaro (México, 1917), de Weimar (Alemanha, 1919) e a espanhola (1931). Pontua ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ que:

Reflexo do quadro político-institucional do momento de seu nascimento e de uma indisfarçável influência dos movimentos políticos europeus do pós Primeira Guerra Mundial e da ressonância da Constituição de Weimar, nos trabalhos constituintes se defrontam correntes antagônicas, como salientam Paulo Bonavides e Paes de Andrade.²⁸⁶

Quatro foram as notáveis novidades trazidas pela Constituição de 16 de julho de 1934. As três primeiras estão bem sintetizadas por MARCELO FIGUEIREDO e CARLOS MÁRIO DA SILVA

²⁸³ BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.*, pp. 292-293; STRECK, *op. cit.*, 2023, pp. 144-145.

²⁸⁴ BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.*, p. 294.

²⁸⁵ BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.*, pp. 284-285.

²⁸⁶ FERRAZ, *op. cit.*, 2009, p. 147.

VELLOSO, que destacam a criação da ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 12, V e § 2º), a criação da exigência da declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do tribunal (art. 179) – a denominada “cláusula de reserva de plenário” –, bem como a atribuição de competência ao Senado Federal para suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).²⁸⁷ Some-se a essas, como quarta novidade relevante para a jurisdição constitucional no País, a criação do Mandado de Segurança, ação constitucional voltada para “defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (art. 113, nº 33).

A denominada cláusula de reserva de plenário foi instituída no art. 179 da Constituição de 1934, estipulando que os tribunais apenas poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei mediante voto da maioria absoluta de seus membros.²⁸⁸ A regra trazia, desse modo, uma condição para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, exigindo número mínimo de votos. Costumeiramente, entende-se que o dispositivo estabeleceu um quórum para declaração de inconstitucionalidade. Essa noção do termo “quórum”, contudo, não resulta do emprego mais preciso do vocábulo, na medida em que, em seu sentido técnico, designa a quantidade mínima de comparecimento de membros de determinado colegiado para possibilitar o seu regular funcionamento e tomada de deliberações, mas não o número de votos mínimos para atingir um determinado resultado.²⁸⁹ Sem prejuízo, aceitando-se um sentido mais amplo, cabe admitir-se falar em “quórum de decisão” no caso em apreço.

²⁸⁷ Conforme Marcelo Figueiredo: “A Constituição de 1934 manteve o controle difuso de constitucionalidade em seu art. 76, III, “a” e “b”. Trouxe três inovações importantes, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, bem como a cláusula da reserva do plenário. Finalmente, atribuiu competência ao Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 13.

Nesse mesmo sentido, Carlos Mário da Silva Velloso assinala que: “A Constituição de 1934 estabeleceu, aliás, no campo da jurisdição constitucional, outras inovações: estabeleceu que os tribunais somente poderiam declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta dos seus membros e atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, pp. 01–28, 1993, p. 17. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732>. Acesso em: 30 nov. 2022.

²⁸⁸ CF/1934: “Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

²⁸⁹ A admoestação é promovida por Lúcio Bittencourt: “Ao contrário do que comumente se afirma, a Constituição não fixou o *quorum* dos tribunais para o julgamento da inconstitucionalidade. Desde o Estatuto de 1934 que apenas se condiciona a declaração dêste ao pronunciamento, neste sentido, da maioria dos membros dos tribunais.”

‘Isto, porém, nada tem que ver com o *quorum*, porque êste, segundo a definição vulgar, perfeitamente coincidente com o sentido técnico, significa o número de pessoas cujo concurso ativo ou passivo é indispensável ao funcionamento válido de alguma assembléia. A Constituição não determina o número de juízes que devem estar presentes, nem exige o comparecimento da totalidade dêstes, mas, apenas, condiciona a *eficácia jurídica* da declaração de inconstitucionalidade ao pronunciamento da maioria dos membros do tribunal.’

Conforme assinalado por GILMAR FERREIRA MENDES, almejou-se com a instituição dessa regra evitar “a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais”.²⁹⁰ A regra tinha inspiração direta no direito americano e na jurisprudência de seus tribunais, conforme pontua OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, buscando-se “evitar decisões declarando a inconstitucionalidade de atos legislativos e executivos por simples maioria, que não asseguravam a certeza na orientação da Corte de Justiça”.²⁹¹ Deveras, pretendeu-se incorporar, em certa medida, a regra de prudência do *full bench* existente no direito americano acerca da tomada de decisão dos tribunais em matéria constitucional. Convém trazer o escólio de C. A. LÚCIO BITTENCOURT sobre o assunto:

Seguiu-se, no particular, ainda uma vez, a orientação dos Estados Unidos da América, onde os tribunais, em sua maioria, têm assentado fazer depender o julgamento das controvérsias constitucionais da presença de todos os membros do tribunal *full bench*. O julgamento é sempre adiado até que esteja presente a totalidade dos membros da Corte, merecendo essa orientação o louvor de COOLEY, que a considera uma precaução prudente e adequada em face da delicadeza e importância do assunto – “*very prudent and proper precaution to be observed before entering upon questions so delicate and important*”.²⁹²

Veja-se, contudo, que a regra prevendo um quórum para análise de questões constitucionais não era exatamente uma novidade. Com efeito, já sob a égide do regime constitucional do Texto de 1891, havia exigência infraconstitucional de número mínimo de julgadores para que pudesse ser julgada a questão constitucional. O Decreto Federal nº 938, de 29 de dezembro de 1902, previa, em seu art. 1º, que o Supremo Tribunal Federal, quando diante da necessidade de decidir uma questão de inconstitucionalidade, somente poderia decidir com a presença de, pelo menos, dez de seus membros desimpedidos.²⁹³ A regra foi repetida no art. 8º do Decreto Federal nº 1.939, de 28 de agosto de 1908.²⁹⁴

‘Ficou, destarte, a questão do *quorum* dependente do que a respeito dispuseram as leis de organização judiciária e, na omissão destas, os regimentos dos tribunais.’ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 43.

²⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 175.

²⁹¹ MELLO, 1980, p. 159.

²⁹² BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 44.

²⁹³ Decreto nº 938/1902: “Art. 1º Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver de julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, ns. 1 e 3 da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federaes, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedido”. BRASIL. Decreto Federal nº 938, de 29 de dezembro de 1902. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-938-29-dezembro-1902-585388-publicacaooriginal-108407-pl.html>.

²⁹⁴ Decreto nº 1.939/1908: “Art. 8º Quando contra os actos ou decisões das autoridades administrativas fôr allegada a inconstitucionalidade de taes actos ou decisões, não obstante serem os mesmos conformes com as leis ou regulamentos em vigor, a decisão final do Supremo Tribunal Federal deverá ser proferida estando presentes, pelo menos, 10 de seus membros desimpedidos”. BRASIL. Decreto Federal nº 1.939, de 28 de agosto de 1908. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1939-28-agosto-1908-581738-publicacaooriginal-104492-pl.html>.

Cumpra consignar que, em rigor, a regra do *full bench* não corresponde inteiramente à cláusula de reserva de plenário que veio a ser instituída pela Constituição de 1934. Aquela preconiza que a decisão deve ser tomada quando presentes a totalidade dos membros do tribunal. A última, por seu turno, não estabelece a necessidade de um número mínimo de membros presentes na sessão de julgamento como condição para deliberação válida, mas sim uma proporção de votos para que a inconstitucionalidade possa ser proclamada. Com isso, não há exigência constitucional para que a totalidade dos membros do tribunal esteja presente no julgamento. Em princípio – se de forma contrária não dispuser a lei ou o regimento interno²⁹⁵ – a presença apenas da maioria absoluta dos membros já permitiria condições para julgamento e, nesse caso, havendo votação unânime, seria possível a declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, a *cláusula de reserva de plenário* – presente no art. 179 da CF/1934 e repetida no art. 200 da CF/1946 – consubstanciaria, assinala LÚCIO BITTENCOURT, em condição de eficácia para a decisão de tribunal que declara a inconstitucionalidade de lei:

O art. 200 da Constituição [de 1946] não tem outro efeito senão o de condicionar a eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade ao *voto* – nem mesmo à *presença*, mas ao *voto*, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer – da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, *em si mesmo*, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma *condição de eficácia*.²⁹⁶

Por maioria absoluta, alerta OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, deve-se entender como o número inteiro de votos imediatamente superior à metade, não se incorrendo no equívoco da costumeira expressão “metade mais um”. A questão pode parecer prosaica à primeira vista, mas possui consequências práticas relevantes. Assim, ao tratar da adequada interpretação da exigência de maioria absoluta, assinala o referido mestre que:

A maioria absoluta dos membros do Tribunal, para declarar a inconstitucionalidade corresponde ao número de votos superior à metade da totalidade dos votos a serem computados. Não consiste, como se costuma dizer, na metade dos votos dos membros do colegiado e mais um, porque, se esse número for ímpar, verifica-se certa dificuldade a respeito. A metade de onze é cinco e meio, e mais um seria seis e meio.

²⁹⁵ Anote-se, por exemplo, que o atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal exige a presença de, pelo menos, oito ministros para julgamento de matéria constitucional. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 143: “O *quorum* para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros”. Por sua vez, prevê o art. 173, “caput” e parágrafo único, do RISTF que:

“Art. 173. Efetuado o julgamento, com o *quorum* do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.”

“Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*.”

²⁹⁶ BITTENCOURT, *op. cit.*, pp. 45-46.

Então, dúvida podia surgir, se dependeria, dita maioria, de seis ou de sete votos. Conforme esclarecido acima, nessa hipótese, a maioria absoluta é seis.

Quando o texto constitucional se refere a membros do Tribunal, objetiva o número de cargos do Tribunal, exercido pelos titulares efetivos ou por substitutos, no caso de impedimento daqueles e convocados estes para tomar parte no julgamento em seus lugares. Portanto, não se restringe aos membros presentes, nem aos membros efetivos.²⁹⁷

Como consectário da inserção da reserva de plenário no julgamento das questões de inconstitucionalidade nos tribunais, tem-se que, nos casos em que o órgão judiciário, notadamente em razão do seu elevado número de membros, é dividido em órgãos fracionários (grupos, câmaras ou turmas), não terão estes a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de lei. Isso não quer dizer que não tenham competência para analisar a matéria constitucional ou aplicar norma constitucional ao caso concreto. Com efeito, havida a arguição de questão de inconstitucionalidade no julgamento do caso, poderá o órgão fracionário debruçar-se sobre a matéria e, assim entendendo, declarar a constitucionalidade da lei atacada. A limitação ocorre apenas em relação à declaração de inconstitucionalidade, caso em que, reconhecendo o órgão fracionário procedente a alegação de inconstitucionalidade, deverá levar a questão, por meio de incidente processual próprio, a decisão do Tribunal Pleno, que poderá declarar a inconstitucionalidade se assim entender a maioria absoluta de seus membros.

Outra consequência da previsão constitucional de que somente pela maioria absoluta dos membros dos tribunais poder-se-ia declarar a inconstitucionalidade de lei foi o questionamento sobre a permanência da legitimidade do juiz singular de realizar a função de controle. Com efeito, houve quem defendesse que a inovação trazida na cláusula vedava os juízes singulares de primeira instância de declarar a inconstitucionalidade de leis. Essa posição, entretanto, não prevaleceu nos tribunais, que seguiram admitindo a fiscalização exercida pelos juízes de primeira instância diante das noções de supremacia constitucional e da separação de poderes, bem como pela ausência de proibição, à semelhança do havia na Áustria nas constituições de 1920 e 1934. Reitere-se, ainda, na linha de LÚCIO BITTENCOURT, que a cláusula de reserva de plenário estabelece uma condição de eficácia da decisão do tribunal, não sendo uma regra competência, de modo que a sua previsão não está voltada a impedir o controle judicial pelo juízo singular de primeira instância.²⁹⁸

²⁹⁷ MELLO, *op. cit.*, 1980, pp. 164-165.

²⁹⁸ BITTENCOURT, *op. cit.*, pp. 36-40 e 46. Também defendendo a legitimidade do controle de constitucionalidade pelos juízes singulares: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 160-164.

A segunda novidade da Constituição de 1934 consistiu na atribuição, em seu art. 91, IV,²⁹⁹ de competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. O fato de o Texto referir-se genericamente a “Poder Judiciário” suscitou questões sobre se a suspensão pelo Senado poderia decorrer de qualquer decisão judicial. Para OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, contudo, o art. 91, IV, deveria ser interpretado em conjunto com o art. 96 da mesma Carta,³⁰⁰ de modo que a decisão que viabilizaria a ação do Senado haveria de ser, necessariamente, aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal (então denominado pelo Texto de 1934 como “Suprema Corte”).³⁰¹

A razão de ser dessa previsão, assinala CELSO AGRÍCOLA BARBI, consistiu em sanar o problema, presente nos sistemas de *civil law*, de ausência de efeitos ampliados das decisões judiciais. Com isso, mesmo uma decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade de determinada lei não era suficiente para solucionar de forma ampla os conflitos gerados, sendo, no mais das vezes, desprezada pelos juízes e tribunais pátrios. Assim, diante da recalcitrância das instâncias inferiores, a parte prejudicada via-se na contingência de levar o processo até a instância extrema para obter a devida prestação jurisdicional. Nesse cenário, buscou o Constituinte de 1934 encontrar uma solução para conceder efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade. A solução de atribuir essa função ao Senado decorreu, naquele momento, do intento de transformar aquela Casa em uma espécie de Poder Moderador – uma particularidade da Constituição de 1934 –,³⁰² bem como em observância a uma visão ainda rígida da separação dos poderes. Sobre o tema:

Grande novidade, porém, trouxe o art. 91, item IV, que atribuiu ao Senado competência para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Apesar da imprecisão, revelada na expressão “Poder Judiciário”, que levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigências decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. É que, nos Estados Unidos, dada

²⁹⁹ CF/1934: “Art 91 - Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;”

³⁰⁰ CF/1934: “Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.”

³⁰¹ MELLO, *op. cit.*, 1980, pp. 168-169.

Em sentido contrário, Ronaldo Poletti entendia que: “Houve, é verdade, certa imprecisão, pois ao falar em Poder Judiciário, não se podia deduzir qual o órgão judicial que deveria possibilitar a suspensão da execução. Talvez, daqui se pudesse deduzir a inobrigatoriedade de o Senado determinar a suspensão da execução, ficando a critério daquela Casa do Congresso Nacional o exame individual dos casos, permitindo-lhe, inclusive, adotar a medida suspensiva mesmo que a declaração houvesse sido proferida por um juiz singular ou por um Tribunal estadual.” (POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 92)

³⁰² CF/1934: “Art. 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.”

a submissão dos órgãos da Justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional nos países do *common law*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la, pela regra dos precedentes judiciais.

Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de exceção tem, logicamente, a consequência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do país, continuava ela em vigor.

A inovação trazida pelo citado art. 91, item IV, era feliz porque continha forma de dar efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida apenas inter partes. Politicamente a fórmula encontrada era hábil, porque deixava de violar o princípio da independência dos Poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo.³⁰³

Nesse mesmo sentido, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES converge com o entendimento de que a Constituição de 1934 buscou resolver a problemática da ausência, no Direito brasileiro, do princípio do *stare decisis*, desvinculando as instâncias ordinárias dos entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em matéria constitucional. Conforme o autor:

Ademais, por não vigorar no direito brasileiro o princípio anglo-saxão do *stare decisis*, não estando, portanto, os juízes e tribunais obrigados a seguir os precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive em questões de inconstitucionalidade, procurou ela das solução a esse problema, estabelecendo, no art. 96, que “quando a a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”, e no art. 91, IV, dispôs: “Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Por meio dessa suspensão, dava-se eficácia *erga omnes* à declaração judicial de inconstitucionalidade no caso concreto.³⁰⁴

Também ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ reforça essa percepção de que a inovação da previsão da participação do Senado Federal no controle tinha por escopo contornar a ausência do princípio do *stare decisis* no Direito brasileiro. Conforme assinala:

A disposição inovadora, dentro do modelo difuso, parece encontrar eco no fato de o Brasil não adotar o princípio anglo-saxão do *stare decisis* (ou do precedente judiciário), pelo que os juízes e tribunais inferiores não estavam obrigados a seguir a decisão, ainda que definitiva, do Supremo Tribunal Federal. Assim, a inserção do Senado (órgão político) no sistema de defesa jurisdicional da Constituição cometia à decisão do Supremo Tribunal Federal extensão de efeitos *erga omnes*.³⁰⁵

³⁰³ BARBI, *op. cit.*, pp. 136-137.

³⁰⁴ ALVES, José Carlos Moreira, *op. cit.*, p. 3.

³⁰⁵ FERRAZ, *op. cit.*, 2009, p. 148.

A partir desse mecanismo de ampliação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte Suprema, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO ressalta que o principal escopo dessa medida foi o de reduzir o número de demandas no Poder Judiciário, evitando-se a necessidade de repetição de decisões.³⁰⁶

A inovação da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis foi vista por RONALDO POLETTI como solução inteligente para a ausência de efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, abandonar a tradição jurídica brasileira. Conforme assinalava:

Resolvia-se, assim, de maneira inteligente, o grave problema das decisões jurisprudenciais declaradoras de inconstitucionalidade, que, por si sós, não obrigam aos juízes singulares, nem aos Tribunais estaduais, enquanto a lei, ainda que declarada inconstitucional, continuar em vigor. (...)

De qualquer forma, a inovação atendia à maneira de ser do sistema de jurisdição brasileira. Não pertencendo ao grupo de países que adotam a *common law*, como os Estados Unidos da América, e a conseqüente importância dos precedentes judiciais, era natural que, entre nós, a decisão do Supremo Tribunal não produzisse os efeitos lá produzidos. Aqui, não há a força dos precedentes. Se o juiz não se convencesse, continuaria aplicando a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, uma vez que tal declaração só produziria efeitos *inter partes*. A inovação da Carta de 1934 permitia dar efeitos *erga omnes* a uma decisão num caso concreto. Por outro lado, a solução atenuava o problema da quebra da harmonia e equilíbrio entre os Poderes, pois remetia a um órgão do Poder Legislativo a atribuição de suspender a execução da lei declarada inconstitucional.³⁰⁷

Para LÊNIO STRECK, a inovação da Constituição de 1934 foi salutar por identificar e começar a resolver o problema da jurisdição constitucional brasileira de ausência de efeito *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Assim, o art. 91, IV, daquele Texto Constitucional permitia a comunicação da decisão da Suprema Corte ao Senado para que este suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional. Com isso, no caso concreto, os efeitos da decisão da Corte seriam *inter partes* e *ex tunc*, ao passo que, para o resto da sociedade, a declaração de inconstitucionalidade passaria a ter, com a resolução do Senado, efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.³⁰⁸

Sobre o tema, não se pode deixar de mencionar a posição diferenciada de C. A. LÚCIO BITTENCOURT, para quem a competência do Senado Federal de suspender a lei declarada

³⁰⁶ Conforme destaca o autor: “O maior alcance dessa atribuição conferida ao Senado federal visara reduzir o trabalho do Judiciário, evitando tivesse de pronunciar-se, repetidas vezes, em cada caso que fosse chamado a julgar, por estar o texto, a seu ver, inquinado de vício de inconstitucionalidade, portanto, sem eficácia.” MELLO, *op. cit.*, 1980, p. 168.

³⁰⁷ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 92.

³⁰⁸ STRECK, *op. cit.*, 2023, pp. 145-146.

inconstitucional não passava de mera atribuição de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo esta última, por sua própria natureza, vinculante aos demais órgãos judiciários. A despeito da amplitude desses efeitos, rememora o autor que a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso (portanto, concreto e incidental) não tem o condão de anular a lei – como sói ocorrer no controle concentrado – de tal sorte que o diploma normativo segue existente no ordenamento, posto que de forma inválida. Conforme defende o autor, arrimado na doutrina americana:

Muito embora se discuta se os juízes e tribunais estão, no comum dos casos, obrigados a obedecer à jurisprudência dos órgãos judicantes superiores, essa dúvida não cabe quanto às decisões que declaram a inconstitucionalidade, pois o entendimento pacífico é no sentido de considerá-las plenamente obrigatórias. O juiz inferior não pode ter como constitucional, para aplicá-lo a um caso concreto, o ato legislativo que os tribunais superiores declararam inconstitucional em outro processo. Se um tribunal de instância superior – diz BLACK – se pronunciou contra a constitucionalidade de uma lei, ou a seu favor, essa decisão é obrigatória para todos os tribunais inferiores e a questão não mais pode ser discutida por estes – *the question is not an open for such courts*. Quando a decisão fôr do mais alto tribunal, sua obrigatoriedade é conclusiva em relação a todos os outros juízes e tribunais do país, de qualquer grau, sejam federais ou estaduais – *a decision of the supreme federal court, for or against the validity of an act of Congress, or for or against the validity of a state law in respect to its conformity to the federal constitution or federal laws, is binding and conclusive, until overruled, on all courts of every grade, both state and national*.

(...)

Sem embargo, porém, dessa eficácia ampla da decisão, e da sua obrigatória observância pelos juízes e tribunais inferiores, o ato legislativo, como já tivemos oportunidade de salientar, continua a vigorar no quadro das leis como se estivesse plenamente em vigor. O Judiciário não o revoga, ou anula, simplesmente o declara ineficaz e lhe ignora os efeitos.³⁰⁹

Consequentemente, a partir desse raciocínio, defende LÚCIO BITTENCOURT que o ato do Senado Federal suspendendo a lei declarada inconstitucional tem por escopo “apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”. E, assim sendo, adverte que: “[d]izer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução”.³¹⁰

Contudo, não se pode deixar de constatar que essa defesa de uma vinculação natural das instâncias inferiores à decisão do Supremo Tribunal Federal não encontrou eco no Direito brasileiro, que ainda padecia de mecanismos de vinculação à semelhança do que se via no sistema do *common law* americano. Assim, conclui-se que o Constituinte de 1934 procurou sanar uma falha no modelo difuso de controle judicial de constitucionalidade implantado no

³⁰⁹ BITTENCOURT, *op. cit.*, pp. 143-144.

³¹⁰ *Idem*, pp. 145-146.

Brasil com a República. Deveras, à semelhança dos problemas identificados no direito europeu-continental (cuja matriz é o *civil law*) em relação à transplantação do *judicial review* americano (originário de um sistema de *common law*), não possuía o Direito brasileiro mecanismos de manutenção da coerência e racionalização da jurisprudência. Com isso, a atribuição a todo e qualquer juiz do poder amplo de controlar a constitucionalidade das leis poderia gerar distorções e instabilidades se ausente instrumentos de uniformização do entendimento jurisprudencial. Diante da visão ainda rígida de separação de poderes, preferiu o Constituinte de 1934 atribuir ao Senado Federal o poder de ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em detrimento de conceder efeitos *erga omnes* e vinculantes à própria decisão da Suprema Corte.

O problema disso, contudo, é que durante a ausência ou demora de comunicação ao Senado da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou a recusa da Câmara Alta em editar a resolução de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional acabava por ensejar a possibilidade de que juízes e tribunais inferiores seguissem aplicando o ato normativo já reconhecido como inconstitucional pela Corte culminante. A partir dessa perspectiva, assenta-se a crítica de LÊNIO LUIZ STRECK no descompasso do modelo de controle de constitucionalidade com a proposta de constitucionalismo social enraizada no Texto de 1934:

Desnecessário referir os problemas que tal circunstância acarretava. À evidência, como já explicitado anteriormente, a ausência de um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade e do correspondente efeito *erga omnes* denotava a índole liberal-individualista do sistema jurídico, que relegava a Constituição a um plano secundário, alçando a legislação infraconstitucional, construída para a regulação das relações privadas, a um lugar de comando das relações sociais.

Desse modo, o controle de constitucionalidade difuso mantido pela Constituição de 1934 não acompanhou o viés social constante no corpo da Constituição, inspirada na Constituição de Weimar, que, como se sabe, ao lado da Constituição do México de 1917, inaugura uma nova fase do constitucionalismo no mundo.

Ou seja, o componente social da Constituição ficou incompatível com a forma de controle de constitucionalidade, pela falta de um mecanismo para dar efeito *erga omnes* com efeito *ex tunc* e pela ausência de um controle concentrado de constitucionalidade. O acesso à jurisdição constitucional postou-se como um obstáculo ao cumprimento das metas da Constituição de 1934.³¹¹

A terceira inovação da Constituição de 1934 consistiu na previsão, em seu art. 113, nº 33, do remédio constitucional do Mandado de Segurança.³¹² Tratou-se de medida invulgar para

³¹¹ STRECK, *op. cit.*, 2023, p. 146.

³¹² CF/1934: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.”

o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Tratava-se de meio processual simples, célere e eficiente para proteção dos direitos do indivíduo contra investidas ilícitas da autoridade estatal. Logo, para defender-se de determinada lesão ou ameaça de lesão – por isso falar-se em controle por via de defesa –, poderia o impetrante valer-se de fundamentos constitucionais para impugnar a lei que desse causa ou base ao ato estatal. Com isso, salienta CELSO AGRÍCOLA BARBI que a nova ação de cariz constitucional serviu, de um lado, para ampliar a consciência popular sobre a defesa dos seus direitos e garantias constitucionais, ao passo que, de outro lado, acostumou os juízes aos litígios envolvendo questões de inconstitucionalidade, tornando mais natural o exercício da função de controle da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Nas palavras do autor:

Indiretamente, a Constituição de 1934 concorreu grandemente para o desenvolvimento e aplicação do controle, ao criar, no art. 113, n.º 33, o mandado de segurança, instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais ou inconstitucionais do Poder Público. Podendo ser nele alegada, como fundamento, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a autoridade para praticar o ato acoimado de lesivo ao cidadão, e dada a simplicidade e rapidez do seu processo, multiplicaram-se grandemente as demandas em inconstitucionalidade de leis, firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais, familiarizaram-se os juízes com os litígios relativos à inconstitucionalidade de leis.³¹³

A quarta inovação trazida pela Constituição de 1934 foi a previsão da comumente denominada ação direta interventiva, cujo tratamento será mais conveniente quando da abordagem da origem e desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade no tópico seguinte.

Em âmbito estadual, previa a Constituição de 1934, em seu art. 7º, I, que competia aos estados-membros “decretar a Constituição e as leis por que se devam reger”, observados os princípios ali enumerados. A partir do seu poder de auto-organização, à semelhança do ocorrido na Primeira República, os entes subnacionais instituíram sistemas próprios de controle de constitucionalidade para garantia das respectivas constituições.³¹⁴

³¹³ BARBI, *op. cit.*, p. 138. Nesse mesmo sentido, assenta Ronaldo Poletti que: “Em face da natureza do novel instituto, possibilitando que os atos fossem impugnados, porque fundados em lei inconstitucional, a discussão da conformidade das leis com a Lei Maior se estendeu a todo o Judiciário nacional.” (*Op. cit.*, 1985, p. 93)

³¹⁴ Cabe citar o profícuo estudo de Anna Cândida da Cunha Ferraz: “Com a Constituição Federal de 1934, as constituições estaduais vão apresentar marcantes inovações no tocante ao controle de constitucionalidade, particularmente no que se refere ao controle das leis estaduais.”

‘O controle, que até então era preferencialmente político, passa a ser predominantemente jurisdicional e indireto, muito próximo do modelo fixado pelo texto de 1934 para o plano federal.’

‘Os institutos de controle político são mantidos nas constituições estaduais: o veto governamental, a suspensão de leis e atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (que permanece conferida à atribuição da Assembléia ou do Executivo), sendo mantido particularmente o controle político das leis e atos municipais.’

‘A jurisdição constitucional, como sistema de defesa da Constituição Estadual, permanece nos moldes do sistema difuso, expressa ou implicitamente configurado no Documento Estadual, desaparecendo referências expressas a um controle direto de leis estaduais frente à Constituição Estadual. As constituições estaduais não transportaram

A Constituição de 10 de novembro de 1937 trouxe algumas medidas que poderiam ser tidas como retrocessos para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Destaque-se, de início, que foram mantidos os princípios e o modelo difuso instituído desde 1891, bem como a exigência de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade criada pela Constituição de 1934.³¹⁵ Contudo, cabe consignar que o mandado de segurança foi retirado do texto constitucional e relegado à legislação ordinária, passando a ter disciplina nos arts. 319 a 331 do Código de Processo Civil de 1939. Com isso, a ação acabava por ter o seu cabimento restringido, notadamente em razão da exclusão da possibilidade de impugnação de atos praticados pelos Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.³¹⁶ Anote-se, também, que a Carta de 1937 promoveu a extinção da Justiça Federal. Ainda, alterou a denominação do Senado Federal para Conselho Federal, mas não repetiu a previsão da atribuição para suspender a execução de leis ou atos declarados inconstitucionais pela Corte Suprema.³¹⁷

Além disso, merece especial atenção a criação de mecanismo de restrição ao controle judicial trazido no parágrafo único do art. 96 daquela Carta, que permitia que o Presidente da República, a seu critério, conforme entendesse necessário ao “bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submetesse as declarações de inconstitucionalidade de leis proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a novo exame por parte do Poder Legislativo, que, por decisão de dois terços de cada uma de suas casas, poderia tornar sem efeito a decisão da Suprema Corte.³¹⁸ Tendo em vista que o Legislativo jamais foi instalado durante o Estado Novo, essa atribuição de suspender decisões do STF acabava sendo exercida pelo próprio Poder Executivo por meio do permissivo contido no art. 180 daquela Carta.³¹⁹ Cumpre anotar que essa prerrogativa foi exercida pelo Ditador, que editou o Decreto-lei nº

o modelo de ‘representação interventiva’ com relação aos municípios situados no âmbito de sua jurisdição.” (FERRAZ, *op. cit.*, 2009, pp. 149-150)

³¹⁵ CF/1937: “Art. 96 - 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.”

³¹⁶ CPC/1939: “Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.”

³¹⁷ Conforme Moreira Alves: “A Constituição de 1937, substituindo o Senado por um Conselho Federal, não incluiu na competência deste – que não chegou a ser instalado – a suspensão de execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.” (ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 3).

³¹⁸ CF/1937: “Art. 96 – (...). Parágrafo único - No caso de ser declarada a 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, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

³¹⁹ CF/1937: “Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

1.564, de 5 de setembro de 1939, confirmando a legislação federal acerca da disciplina do imposto de renda e tornando sem efeito as declarações de inconstitucionalidade proferidas sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal e outros tribunais e juízes.³²⁰ Cumpre assinalar que, com a queda do Estado Novo, o dispositivo ora em comento restou revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945.

Por seu turno, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, garantiu, como assentou C. A. LÚCIO BITTENCOURT, “a pureza da doutrina americana, mais uma vez incorporada, em sua plenitude, ao sistema constitucional brasileiro”.³²¹ Assim, o novo Texto Constitucional manteve o controle judicial difuso nos moldes estabelecidos desde o exórdio da República (isto é: de forma concreta e incidental). Sem embargo, também retomou as inovações do Texto de 1934, prevendo a cláusula de reserva de plenário (art. 200)³²² e a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64).³²³ Neste último caso, cumpre destacar que o Constituinte de 1946 aperfeiçoou a redação de 1934, que gerava dúvida por mencionar genericamente que seriam suspensos leis ou atos “declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, suscitando questionamentos sobre a possibilidade de o Senado Federal agir a partir de decisões de outros tribunais que não o Supremo Tribunal Federal. Para além desses aspectos, a Constituição de 1946 teve o relevante papel de constitucionalizar novamente o mandado de segurança e garantir maior amplitude para o seu cabimento.

Além desses aspectos, deve-se consignar que a novel Carta cuidou de recriar a justiça federal apenas de segunda instância, por meio do Tribunal Federal de Recursos (TFR), sendo a primeira instância ainda exercidas pelos juízes de direito dos estados-membros. A justiça federal de primeira instância viria a ser recriada apenas pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, já sob o regime militar.³²⁴

³²⁰ Decreto-lei nº 1.564/1939: “Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.” BRASIL. Decreto-lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939. *Diário Oficial da União (DOU)*, Capital Federal, Seção 1 - 8/9/1939, Página 21525 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Confirma%20os%20textos%20de%20Lei,cofres%20p%C3%BAblicos%20estaduais%20e%20municipais>.

³²¹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª edição – atualizada por José Aguiar Dias, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 31.

³²² CF/1946: “Art. 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.”

³²³ CF/1946: “Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

³²⁴ BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. *DOU*, Brasília, de 27/10/1965, republicado em 28/10 e 05/11/1965 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm.

Destaque-se que sob a égide da Constituição de 1946 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, também sob o regime militar. Durante a sua tramitação, conforme destaca OSWALDO LUIZ PALU, discutiu-se retirar o Senado Federal do sistema de controle difuso, retirando-lhe a competência para suspender do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O autor transcreve o seguinte trecho da exposição de motivos formulada pela Comissão encarregada dos estudos para a propositura da emenda:

“(...) Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto – expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingresso em nossa legislação, mas presen-temente suplantado pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’”.³²⁵

Com isso, buscava-se atribuir eficácia *erga omnes* diretamente às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, defendendo a Comissão, conforme visto, o anacronismo da manutenção da fórmula de 1934. A proposta, como é consabido, não prosperou no Congresso Nacional quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 16/1965.³²⁶

Vale consignar, de passagem, que a Emenda nº 16/1965 criou, na alínea “k” do inciso I do art. 101 do Texto Constitucional a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. A inovação será tratada no bojo do próximo tópico, que versa sobre a evolução do controle concentrado de constitucionalidade no País.

A Constituição de 1967, editada em 24 de janeiro, mas em vigor a partir de 15 de março, reproduziu o modelo de controle plasmado na Constituição de 1946 e incorporou as novidades trazidas pela Emenda Constitucional nº 16/1965.

A Emenda Constitucional nº 1/1969, recrudescendo o regime militar, fez alterar e republicar integralmente o Texto outorgado em 1967, de modo a justificar correntes que

³²⁵ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

³²⁶ Destaca Palu que: “Na tramitação do projeto de Emenda Constitucional a proposta era a de retirar do Senado a faculdade de suspender os atos e decretos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal, revogando o art. 64 da Constituição de 1946 e atribuindo ao Presidente do Supremo Tribunal a competência para declarar a inconstitucionalidade, após manifestação da Corte, determinando sua publicação no Diário Oficial. O Congresso Nacional, entretanto, manteve o art. 64 referido, bem como alterou o art. 101, I, k, da Constituição para nele incluir a expressão lei federal.” (*Op. cit.*, pp. 131-132)

defendam ter se tratado de um ato próprio de um Constituinte Originário, excedendo em muito a mera competência de reforma. Assim, há possibilidade, inclusive, de referir-se a uma nova Constituição de 1969. No âmbito do controle de constitucionalidade, cabe destacar que o novo texto estabeleceu a previsão da possibilidade de criação, mediante lei, de condicionantes de acesso ao Poder Judiciário em determinados casos. Passou-se a se prever a implantação do contencioso administrativo para os litígios de relação de trabalho entre servidores públicos e a Administração Direta e Indireta federal (arts. 110 e 111), também para

Destaque-se, ainda, que a Emenda Constitucional nº 7/1977 (Reforma do Judiciário) instituiu um mecanismo de filtragem recursal ao Supremo Tribunal Federal, consistente na “arguição de relevância federal”. Outrossim, previu a “representação interpretativa” e a “avocatória”. Em âmbito estadual, merece menção que a citada Emenda previu a criação dos órgãos especiais nos Tribunais de Justiça.³²⁷

2.3. A ADOÇÃO DO MODELO DE CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO E ABSTRATO DE MATRIZ EUROPEIA: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

A ideia de controle abstrato de constitucionalidade não era desconhecida no Direito brasileiro mesmo sob a Constituição de 1891, ainda que fosse para rechaçar a sua possibilidade. Assinalava RUI BARBOSA a inadmissibilidade do exercício dessa fiscalização pela via principal dentro do modelo incorporado pelo constitucionalismo republicano, de matriz norte-americana. Afirmava a inviabilidade de levar a questão de inconstitucionalidade como “objeto imediato da causa”. Essa impossibilidade, justifica o autor, decorria do risco de se criar um modo paralelo de revogação da lei e, com isso, transmudar a questão jurídica da constitucionalidade em assunto de natureza política, abrindo uma vereda para a cizânia entre os poderes. Era premente, então, que o controle judicial das leis e atos do Legislativo e do Executivo apenas ocorresse de forma concreta e incidental, observados os bem delineados requisitos enumerados.³²⁸

Contudo, como bem assinala MARCELO FIGUEIREDO, o modelo de controle judicial difuso puro, de inspiração americana, foi dando espaço, de forma paulatina, a instrumentos

³²⁷ Conforme Ronaldo Poletti: “Conservou, ainda, a Constituição o *quorum* especial para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 116). A única inovação trazida pela Emenda n.º 7/77 foi a menção ao órgão especial dos Tribunais de Justiça dos Estados, criado por força de Reforma do Judiciário, nos Tribunais de Justiça com número superior a vinte e cinco desembargadores. O referido órgão especial, tendo atribuições jurisdicionais do Tribunal Pleno, poderá declarar a inconstitucionalidade de lei, se observado o *quorum* especial de que tratamos.” (POLETTI, *op. cit.*, p. 100)

³²⁸ BARBOSA, Rui. *A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893, pp. 132-135.

próprios do controle concentrado, construindo-se no Direito brasileiro um modelo dual, com coexistência entre os dois sistemas. Nas palavras do autor:

Aos poucos, vamos verificar que, embora o método difuso permaneça como uma realidade no Brasil, ao perdurar nas sucessivas Constituições, ao longo do tempo foram introduzidos novos elementos, de maneira que o sistema de controle de constitucionalidade, como veremos ao longo da exposição, afasta-se do critério difuso puro com a adoção de aspectos do *critério concentrado*, sem que com isso haja uma perfeita identificação com o sistema europeu, aliás, terminologia hoje combatida pela doutrina diante da falta de um critério unificador que possa explicar os diversos modelos presentes naquele continente.³²⁹

Ocorre que o estudo da implantação do controle concentrado no sistema constitucional brasileiro releva que a sua adoção não é essencialmente inspirada por doutrinas ou modelos estrangeiros, mas antes parte da necessidade de resolver um problema nacional bastante específico: as conturbações de caráter federativo enfrentadas na Primeira República, relacionadas ao poder de intervenção do governo central nas unidades federadas. Deveras, a Constituição de 1891, em seu art. 63, impunha aos estados federados, ao exercerem o seu poder de auto-organização, o dever de observar os “princípios constitucionais da União”.³³⁰ Contudo, diante da ausência de explicitação desses, havia dúvidas sobre a extensão do comando, se estava adstrito ao *governo republicano federativo* previsto no art. 6º, 2º, ou dos princípios que emanavam de todo o Texto Constitucional.³³¹

De qualquer modo, o instituto da intervenção federal vinha, como ressalta RICARDO LEWANDOWSKI, “como corolário da adoção da forma federativa de Estado”.³³² Tratava-se de medida excepcional prevista na então redação original do art. 6º da Constituição de 1891, que preconizava ser vedado ao governo federal intervir nos estados-membros, salvo nas hipóteses enumeradas no dispositivo: i) “para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro”; ii) “para manter a forma republicana federativa”; iii) “para restabelecer a ordem e a tranqüilidade

³²⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 13.

³³⁰ CF/1891: “Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União.”

³³¹ Conforme destacava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Então, discutia-se se os princípios constitucionais a serem respeitados pelos Estados federados se circunscreviam a manter a forma republicana federativa, ou compreendiam todos os princípios que defluíam dela. A sua enunciação foi objeto de grande debate, sendo de se destacarem as monografias especiais sobre o tema (Cf. A. de Sampaio Dória, *Princípios Constitucionais*, 1.ª parte, págs. 7 a 136, São Paulo Editora Ltda., 1926; Ernesto Leme, o art. 63 da Constituição Federal, São Paulo Editora Ltda., 1926).” MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 171.

³³² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 59.

nos Estados, à requisição dos respectivos Governos”; e iv) “para assegurar a execução das leis e sentenças federais”.³³³

A despeito da regra assentada no texto ter sido o do respeito à autonomia local, determinando-se a abstenção do governo central em intervir nas unidades descentralizadas, salvo específicas e restritas exceções, a Primeira República sofreu com diversas intromissões do governo federal nos governos estaduais, no mais das vezes com apoio e interesse de forças políticas locais. Relata CARLOS MAXIMILIANO que:

Demais, os povos têm o governo que merecem. Longe de se mostrarem ciosos da autonomia local, os partidos nos Estados disputam o apoio violento e inconstitucional do Presidente da Republica e da mais alta magistratura do paiz. Parecem escriptas para o Brasil as palavras de um professor das universidades de Buenos Aires e La Plata [José Matienzo] a respeito do que se passa na Republica Argentina:

“Acceita-se de mil amores a ingerencia do Governo Federal quando em beneficio do partido a que se pertence; e assim não ha governador, nem legislatura provincial, que não volvam os olhos para o Presidente da Republica ou para o Congresso, quando se sentem fracos, ou em perigo. Vice-versa, não ha opposições provinciaes que não chamem em seu apoio o governo da União, para depor ou submeter o governador da provincia”.³³⁴

À época, consigna LEWANDOWSKI, tanto a doutrina quanto a jurisprudência assentavam que não competia ao Poder Judiciário examinar a intervenção, entendida como ato político. Admitia o Supremo Tribunal Federal, entretanto, o conhecimento de casos em que estivessem em litígio eventuais lesões a direitos decorrentes da intervenção.³³⁵

Os abusos que se vinham praticando sob a égide da redação original do art. 6º da Constituição de 1891 contribuíram para a sua reforma pela Emenda Constitucional de 1926, que alterou o dispositivo colimando detalhar as hipóteses excepcionais autorizadoras da medida extrema, bem como para especificar as competências e o procedimento para a decretação da intervenção, superando ambiguidades do texto original. Contudo, a reforma constitucional, a despeito do benefício de esmiuçar a disciplina do instituto, reduzindo em alguma medida a

³³³ Deveras, não constitui objetivo deste trabalho aprofundar o estudo da intervenção federal além do necessário para compreender as bases que lançariam, na Constituição de 1934, um esboço de controle concentrado. Sobre as divergências hermenêuticas causadas pelo texto do art. 6º da Constituição de 1891, bem como por uma abordagem mais específica do histórico da intervenção federal, remete-se à obra citada de Ricardo Lewandowski: *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

³³⁴ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 158. A citação é da obra de José Matienzo: “El Gobierno representativo federal”, 1910, p. 254.

³³⁵ Nas palavras do autor: “É oportuno, nesse ponto, recordar que, embora ensinassem a doutrina e jurisprudência que à Justiça não era dado apreciar a intervenção, enquanto *ato político*, o Supremo Tribunal Federal não afastou a competência para o seu exame caso dela decorresse eventual lesão a direito, pronunciando-se desse modo: ‘O Poder Judiciário não conhece dos *casos políticos* senão quando eles estão entrelaçados tão intimamente com os direitos individuais que se torna impossível decidir um pleito sem entrar na apreciação de tais casos’.” LEWANDOWSKI, *op. cit.*, p. 68.

ampla discricionarietà que havia, também acabou por ampliar e intensificar os poderes da União. Mais uma vez nas palavras de RICARDO LEWANDOWSKI:

Como é possível verificar, a Reforma de 1926 ampliou sobremaneira as possibilidades de a União intervir nos Estados, em evidente prejuízo para a autonomia dos entes federados, num casuísmo temperado apenas pelos três parágrafos acrescentados ao art. 6.º, os quais delimitavam a competência dos distintos Poderes para decretar a medida, em cada uma das hipóteses previstas no dispositivo em tela.

(...)

No que tange às hipóteses de intervenção, nota-se que a Reforma Constitucional de 1926, embora tenha redundado na ampliação dos poderes da União em detrimento dos Estados, apresentou, segundo Pedro Calmon, alguns pontos positivos, como a explicitação do conceito de “forma republicana de governo”, com o escopo de evitar o arbítrio do Governo Federal em sua formulação, e a definição dos Poderes competentes para decretá-la, colocando um fim à longa polêmica doutrinária travada pelos, estudiosos em torno do assunto.³³⁶

Dentre as novidades do novo texto, cumpre destacar que o inciso II do art. 6º passou a prever a possibilidade de intervenção no caso de descumprimento dos princípios constitucionais ali enumerados, a saber: a) a forma republicana; b) o regime representativo; c) o governo presidencial; d) a independência e harmonia dos Poderes; e) a temporariedade das funções eletivas e a responsabilidade dos funcionários; f) a autonomia dos municípios; g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; h) um regime eleitoral que permita a representação das minorias; i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irredutibilidade dos seus vencimentos; j) os direitos políticos e individuais assegurados pela Constituição; k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores; e l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretá-la.

Conforme dispunha o novel § 1º do art. 6º, competia ao Congresso Nacional decretar a intervenção nos estados-membros para assegurar o respeito a esses princípios constitucionais. A par disso, cabia ao Supremo Tribunal Federal requisitar a intervenção diante da necessidade de assegurar a execução das sentenças federais. Em qualquer dos casos, competia privativamente ao Presidente da República, na forma do § 2º, expedir e empreender os atos de efetivação da intervenção federal.

A exposição desse panorama inicial e o entendimento da evolução do instituto auxilia a compreender o surgimento dos primeiros traços de um esboço de controle concentrado com a Constituição de 1934. Com efeito, a nova Carta, em seu art. 12, não alterou substancialmente o instituto da intervenção federal tal qual previsto a partir da Reforma de 1926. A regra geral seguia sendo a não intervenção. Manteve-se, em boa medida, as mesmas hipóteses autorizadoras da medida excepcional.

³³⁶ LEWANDOWSKI, *op. cit.*, pp. 70-71.

Especificamente em relação aos princípios constitucionais cujo desrespeito dava azo à intervenção, houve uma mudança tópica: enquanto no Texto reformado de 1981 estavam enumerados no próprio dispositivo que disciplinava a intervenção (art. 6º, II), na Carta de 1934 passaram a constar como balizas para o poder de auto-organização dos estados federados (art. 7º, I), sendo referenciados, em seguida, pelo dispositivo que regeria a intervenção (art. 12, V).³³⁷ Assim, era princípios de organização dos estados-membros, na forma do art. 7º, I, da Constituição de 1934: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; e h) representação das profissões.

Como forma de controle, o § 1º do art. 12 estabelecia que a intervenção para assegurar a observância dos princípios constitucionais insculpidos no indigitado art. 7º, I, deveria ser decretada por lei federal, que lhe fixaria a amplitude e a duração, sendo prorrogável por nova lei.³³⁸ Assim, à semelhança da Reforma de 1926, que estabelecia que decretação da intervenção para salvaguarda desses princípios constitucionais incumbia ao Congresso, a nova Constituição de 1934 impunha a necessidade da participação do Poder Legislativo, dando-se a medida por meio da edição de lei federal. Contudo, a expedição de lei federal não era requisito suficiente para a efetivação da intervenção. Além disso, previa o § 2º do mesmo art. 12 que era condição necessária para eficácia dessa providência a submissão dessa lei federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, ao crivo da Corte Suprema, que deveria dela tomar conhecimento e declarar a sua constitucionalidade.³³⁹ Estavam lançados, assim, os fundamentos para o que viria a ser conhecida como *representação interventiva* ou também *ação direta de inconstitucionalidade interventiva*.

Tenha-se em mente que, pelo texto do art. 12, § 2º, o objeto da análise da Corte Suprema não era a conduta ou ato do governo estadual, mas sim a lei que havia decretado a

³³⁷ CF/1934: “Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;”

³³⁸ CF/1934: Art. 12. “§ 1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.”

³³⁹ CF/1934: Art. 12. “§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.”

intervenção federal, sendo condição de eficácia do diploma federal a declaração de sua constitucionalidade. Por esse motivo, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO assinalava tratar-se de previsão de “declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal”.³⁴⁰

Conforme ressalta THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, a Constituição de 1934 criou hipótese de arguição direta de inconstitucionalidade, mas ressalta que o objeto dessa medida não era, propriamente, o confronto do ato estadual frente aos princípios enumerados da Constituição Federal, mas sim da própria lei federal decretadora da intervenção em face da Constituição, de modo que era antes um meio processual de controle dos excessos do poder do governo federal. Nas palavras do autor:

A Constituição de 1934, depois de enumerar êsses princípios (art. 7.º) atribuía ao Congresso competência para decretar a intervenção quando verificasse sua violação pelos Estados. Dava ao Procurador-Geral da República, porém, competência para submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal não o ato estadual, mas a lei federal de intervenção, cuja constitucionalidade deveria ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal

Se não se pode contestar de um modo absoluto que a Constituição de 1934 houvesse criado a arguição direta, por outro lado, a hipótese se apresentava com possibilidades muito longínquas de aplicação efetiva e como última etapa de um longo processo de intervenção, cuja eficácia política teria largas oportunidades de se diluir no tempo.

Ainda mais, o que estaria em julgamento não seria o ato do governo estadual em face da Constituição mas a legitimidade da intervenção decretada pelo Congresso, em face da mesma Constituição. O que se procurou corrigir foi o excesso do poder federal e não o ato do governo estadual tendo-se em vista a enumeração constitucional dos princípios feita na própria Constituição.

Não há negar, porém, que se tratava de arguição direta.³⁴¹

Sobre o tema, assinala GILMAR FERREIRA MENDES que esse regramento consistiu em um método especial de resolução de conflitos federativos desenvolvido pelo Constituinte de 1934, tendo-se atribuído à Corte Suprema uma espécie de poder de veto jurídico à lei de intervenção. Conforme pontifica o autor:

Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3.º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2.º). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2.º, a expressão “tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade” por “tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade”.

(...)

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da

³⁴⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 170.

³⁴¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôlo da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 102-103.

lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual. Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico.³⁴²

Assim, cabia ao Procurador-Geral da República levar ao Supremo Tribunal Federal – então denominado Corte Suprema, repise-se – a análise da constitucionalidade da lei federal. Como consequência, acabava a Corte por analisar os atos estaduais, confrontando-os com os princípios encartados no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1934. Assim, caso os atos estaduais fossem considerados constitucionais, era a lei federal declarada inconstitucional e, por conseguinte, era inviabilizada a intervenção. Por outro lado, sendo os atos estaduais reputados violadores dos princípios constitucionais, era a lei federal julgada constitucional, podendo-se prosseguir com a medida interventiva. Neste último caso, deve-se consignar o cuidado do Constituinte de 1934, atento aos abusos do regime constitucional anterior, ao prever, no § 4º do art. 12, que a intervenção resumir-se-ia à suspensão do ato estadual que a tenha motivado, afastando-se temporariamente as autoridades responsáveis e apurando-se suas responsabilidades.³⁴³

Convém ressaltar a doutrina de CELSO AGRÍCOLA BARBI, de acordo com o qual a Constituição de 1934 não introduziu propriamente o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira, mas abriu caminho para tanto. Conforme o autor, a representação interventiva, embora não pudesse ser classificada como medida processual integrante do controle por via de exceção (isto é: concreto e incidental), também não poderia ser confundida como um mecanismo de controle por via de ação (ou seja: principal e abstrato). Isso porque, segundo afirma, por um lado, a declaração de inconstitucionalidade não gerava a anulação da lei, afastando-se do controle por via de ação; bem como, de outro, não transcorria em processo judicial comum e nem a inconstitucionalidade era fundamento do pedido, mas o próprio pedido, distanciando-se do controle por via de exceção. Cabe transcrever a visão do jurista:

Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de “exceção”, mas sem constituir também, tipicamente, uma declaração por via de “ação”. Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido: o pedido é a própria

³⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 176-177.

³⁴³ CF/1934: Art. 12. “§ 4º - A intervenção não suspende senão a lei do Estado que a tenha motivado, e só temporariamente interrompe o exercício das autoridades que lhe deram causa e cuja responsabilidade será promovida.”

declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns.³⁴⁴

A Constituição de 1937, em seu art. 9º, alterou a disciplina da intervenção federal. Manteve a possibilidade de intervenção para assegurar a execução dos seguintes princípios constitucionais: 1) forma republicana e representativa de governo; 2) governo presidencial; e 3) direitos e garantias assegurados na Constituição. A competência para decretar a intervenção, nessa hipótese, era da Câmara dos Deputados, conforme dispunha o parágrafo único do art. 9º, não havendo, todavia, previsão de submissão do ato à apreciação da Corte Suprema. Ao Tribunal cabia apenas requisitar a intervenção com o objetivo de assegurar a execução das leis e sentenças federais (art. 9º, *f*).

A Constituição de 1946 cuidou de restabelecer a normalidade democrática e institucional, bem como as bases constitucionais construídas sob os regimes de 1891 e 1934, restabelecendo a representação interventiva, mas com características diferentes daquela originalmente prevista em 1934. O art. 7º do Texto de 1946, repetindo as fórmulas anteriores, vedava, como regra geral, a intervenção do governo federal nos governos estaduais. O dispositivo tratava o instituto como medida excepcional, apenas autorizada nos casos especificados no indigitado dispositivo constitucional, dentre eles os princípios enumerados em seu inciso VII, que consistiam em: 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; e g) garantias do Poder Judiciário.

Conforme art. 8º, *caput*, da Constituição de 1946, a decretação da intervenção federal nas hipóteses dos incisos VI (reorganização das finanças) e VII (violação dos princípios) do art. 7º dar-se-ia por meio de lei federal.³⁴⁵ Por sua vez, o parágrafo único do art. 8º estabelecia que, especificamente no caso da violação aos princípios constitucionais (art. 7º, VII), o ato estadual acoimado de inconstitucional deveria ser objeto de representação do Procurador-Geral da República encaminhada ao Supremo Tribunal Federal, estando a decretação da intervenção condicionada à declaração de inconstitucionalidade do ato local.³⁴⁶ A mudança na disciplina do mecanismo processual foi invulgar. Diferentemente da formatação conferida pela Constituição

³⁴⁴ BARBI, op. cit., pp. 137-138.

³⁴⁵ CF/1946: “Art. 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs VI e VII do artigo anterior.”

³⁴⁶ CF/1946: Art. 8º - “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.”

de 1934, que estabelecia como objeto da representação a própria lei federal decretadora da intervenção – e apenas incidentalmente o exame do ato local –, a nova disciplina trazida pela Carta de 1946 passava a admitir a representação interventiva tendo por objeto a inconstitucionalidade do ato estadual e, uma vez declarada a sua invalidade, editava-se a lei federal.

Sobre o novo modelo de representação interventiva instituído pela Constituição de 1946, assinala THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI tratar-se de verdadeira arguição direta de inconstitucionalidade, tendo, de um lado, como objeto de controle, um ato estadual e, de outro, como parâmetro restrito de controle, os princípios enumerados no art. 7º, VII, daquele Texto Constitucional. Identifica o jurista, ainda, que esse sistema estava articulado em três fases, sendo: i) a propositura da representação pelo Procurador-Geral da República contra ato estadual violador de princípio estatuído no art. 7º, VII; ii) julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, com eventual declaração de inconstitucionalidade; e iii) cumprimento da decisão por parte do estado-membro, mediante revogação do ato declarado inconstitucional, ou descumprimento da decisão, acarretando a decretação da intervenção. Na forma do art. 13 do Texto de 1946, a intervenção limitar-se-ia à suspensão do ato se bastante para fazer restabelecer a normalidade.³⁴⁷ Eis a lição do jurista:

A idéia embrionária, entretanto, dêsse procedimento se encontra na Constituição de 1934, também no capítulo da intervenção, mas com peculiaridades que o distinguem fundamentalmente do processo criado pelo art. 8.º da Constituição de 1946.

(...)

Mas foi a Constituição de 1946 que no processo de intervenção articulou um sistema dividido em três tempos, de eficácia demonstrada.

1 – arguição de inconstitucionalidade de ato por poderes estaduais em face dos princípios enumerados no artigo 7.º, VII, da Constituição pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal;

2 – exame da arguição e eventualmente a declaração de inconstitucionalidade;

3 – obediência dos poderes estaduais com a revogação do ato ou declaração da intervenção por lei federal.

Como se vê, a arguição é restrita a determinada matéria (art. 7.º, VII, da Constituição) e só se pode referir à finalidade da intervenção, ou melhor, aos efeitos finais da intervenção, visando o respeito à Constituição e às normas fundamentais da Federação. Mas, na verdade, é uma arguição direta de inconstitucionalidade de ato de um dos poderes estaduais em face do art. 7.º, VII, da Constituição Federal.³⁴⁸

³⁴⁷ CF/1946: “Art. 13 - Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado.”

³⁴⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôlo da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 102-103.

A declaração de inconstitucionalidade por meio da representação interventiva veio a ser disciplinada pela Lei Federal nº 2.271, de 22 de julho de 1954, e, em momento posterior, pela Lei Federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964.³⁴⁹

Com a Emenda Constitucional nº 16/1965, alterou-se o art. 101, I, da Constituição de 1946, inserindo a alínea “k”, de modo a, enfim, criar-se a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.³⁵⁰ Instituíam-se, então, a modalidade de ação direta de inconstitucionalidade genérica, desatrelada do instituto da intervenção federal, voltada ao controle de leis e atos normativos federais e estaduais. Conforme ressalta CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO:

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, inaugurou, no Brasil, o controle de constitucionalidade em abstrato, concentrado, ao instituir a ação direta genérica, da competência do Supremo Tribunal Federal e legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República. O objeto da ação consistia no controle em tese de lei ou ato normativo federal e estadual.³⁵¹

Nesse mesmo sentido, assinalava CELSO AGRÍCOLA BARBI que:

Criou-se, assim, o exame da inconstitucionalidade, por via de ação, também de lei federal, o que, sem dúvida, nada tem a ver com o problema de intervenção federal, que é matéria do art. 8.º, parágrafo único, da Constituição.

O dispositivo da Emenda Constitucional, sem dúvida, trouxe profunda modificação no sistema constitucional brasileiro, ao instituir o exame da constitucionalidade de leis federais, assim como estaduais, por iniciativa do Procurador-Geral da República, sem distinguir entre leis de direito público e de direito privado, sem vincular o juízo constitucional a uma finalidade determinada, como fazia o art. 8.º, parágrafo único da Constituição, que se destinava a preparar ou a evitar a intervenção federal nos Estados.³⁵²

Ainda conforme BARBI, a implantação e consolidação do modelo concentrado serviu também ao propósito de reforçar o poder do Executivo, que passava a contar com instrumento efetivo para contrapor-se às leis que lhe contrariavam os interesses. Em suas palavras:

O dispositivo é também de grande relevância para o reforço dos poderes do Executivo Federal, pois frequentemente vetava estes projetos de lei que entendia

³⁴⁹ A disciplina processual foi estendida, pela Lei Federal nº 5.778, de 16 de maio de 1972, para os casos de julgamento, pelos tribunais de justiça estaduais, de representação apresentada pelo chefe do ministério público local, para intervenção dos estados-membros nos municípios.

³⁵⁰ CF/1946: “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: (...) k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

³⁵¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, pp. 01–28, 1993, p. 17. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732>. Acesso em: 30 nov. 2022.

³⁵² BARBI, op. cit., p. 143.

inconstitucionais, mas o Congresso rejeitava o veto e não tinha o Chefe do Governo meios legais simplificados de evitar a aplicação da lei que considerava inconstitucional. Sustentou mesmo a Presidência da República, como meio de evitar a aplicação dessas leis, a legalidade do procedimento do Executivo em negar aplicação a leis que considerasse contrárias à Constituição, ficando ao interessado o caminho de reclamar ao Judiciário contra a atitude daquele Poder. Nessa oportunidade, examinariam os juízes a constitucionalidade da lei que o Executivo se recusava aplicar. A tese logrou aceitação, máxime porque não subtraía ao Judiciário a oportunidade de dar a última palavra a respeito da questão.³⁵³

Nesse mesmo sentido, pontua MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que a instituição do controle concentrado veio a atender aos interesses do Poder Executivo Federal. Em suas palavras:

A intenção do legislador constituinte era fácil de aperceber. Pretendia este instituir um controle, concentrado no Supremo Tribunal Federal, visando a norma em tese (como diz a doutrina, um controle principal e não incidental), quando a declaração da nulidade desta viesse ao Executivo federal. Claro que este último aspecto não era explícito – qualquer um poderia, como pôde, reclamar do Procurador-Geral da República – tal “representação”. Mas, em termos realistas, sendo o Procurador-Geral nomeado pelo Presidente da República e podendo ser, a qualquer momento, livremente exonerado por este, jamais atuaria ele contra as conveniências do chefe do Governo.

Deve-se registrar que a instituição desta ação direta não foi ressentida como uma mudança no caráter do controle de constitucionalidade. Na verdade, foi esse modo de controle simplesmente visto como uma técnica para acelerá-lo em determinados casos especiais. Ou excepcionais, poder-se-ia dizer, eis que o Procurador-Geral da República não seria, como não foi, inclinado a impugnar a inconstitucionalidade, em tese, de norma que não preocupasse o Executivo federal.³⁵⁴

Com relação a aspectos processuais, cumpre assinalar que a Emenda Constitucional nº 16/1965 fez restringir a legitimidade ativa para sua propositura apenas ao Procurador-Geral da República. Ainda, tratando-se de controle concentrado, a competência para processamento e julgado restou adstrita ao Supremo Tribunal Federal, que adotou, como regulamentação para o procedimento, as regras trazidas na Lei Federal nº 4.337/1964, que versava da representação interventiva. Sobre o assunto, pontua CELSO AGRÍCOLA BARBI que:

Ademais, o texto constitucional fixou desde logo dois pontos importantíssimos, que são capitais para a aplicação do princípio: atribui a legitimação para agir apenas ao Procurador-Geral da República e a competência apenas ao Supremo Tribunal Federal. Eliminou-se, assim, um grave problema, que seria o de estabelecer quais as pessoas habilitadas a postular perante a Suprema Corte o exame da constitucionalidade. Conjugados aqueles dois princípios fundamentais com o que atribui ao Senado Federal (art. 45, IV) a competência para suspender lei considerada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ter-se-ão todos os elementos

³⁵³ BARBI, *op. cit.*, pp. 145-146.

³⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 1-18, 2000, pp. 8-9. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47523>. Acesso em: 19 de abril de 2023.

básicos. As normas da Lei n.º 4.337 fornecem os pormenores processuais, que podem ser completados ou mesmo adotados pelo Regimento Interno.³⁵⁵

Além da ação direta genérica de competência privativa do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 16/1965 previu-se, também, no art. 124, XIII, da Constituição de 1946, a possibilidade de controle de constitucionalidade pela via abstrata de leis municipais diretamente pelos Tribunais de Justiça, na forma do processo a ser estabelecido em lei.³⁵⁶ Nesse caso, o parâmetro de controle não seria a Constituição Federal, mas sim a Constituição do próprio Estado-membro. Contudo, em razão da ausência da lei exigida, o controle estadual concentrado de constitucionalidade não chegou a ser colocado em prática, conforme relata CELSO AGRÍCOLA BARBI:

A Emenda Constitucional n.º 16 foi mais além em seu caminho para ampliação do controle ao prever a instituição, em lei, de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Municípios, contrários à Constituição dos Estados (art. 19, que acrescentou um inciso, de n.º XIII, ao art. 124 da Constituição Federal). Essa legislação ordinária prevista na Emenda não foi, todavia, elaborada, e a inovação não chegou a ser posta em prática.³⁵⁷

Desse modo, na linha da precisa síntese apresentada por MARCELO FIGUEIREDO, a Emenda Constitucional nº 16/1965 cuidou de introduzir no Direito brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade genérica em âmbito federal e estadual, dando início ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade mais próximo dos moldes do modelo europeu-continental. Nas palavras do autor:

Seguindo, passando pela Constituição de 1937, 1946, até chegarmos à Emenda Constitucional 16, de 6.12.1965, que criou uma nova modalidade de *ação direta de inconstitucionalidade*, de caráter genérico, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador Geral da República (art. 2º da referida EC-16, que alterou a redação do art. 101, inciso I, “k”, da CF de 1946), e também estabeleceu que a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a constituição estadual (art. 19).³⁵⁸

³⁵⁵ BARBI, *op. cit.*, p. 146.

³⁵⁶ CF/1946: “Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: (...) XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

³⁵⁷ BARBI, *op. cit.*, p. 144. Nesse mesmo sentido: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

³⁵⁸ FIGUEIREDO, *op. cit.*, pp. 13-14.

Nesse sentido, convém deixar claro que descabe confundir a “representação interventiva” com a “representação por inconstitucionalidade”. Efetivamente, o controle abstrato de normas tem o seu cabimento atrelado às situações em que há divergência sobre a validade constitucional de determinada lei. A representação interventiva, por seu turno, envolve uma crise no plano federativo em razão do conflito instaurado entre a União e o estado-membro acerca do descumprimento dos princípios sensíveis (tratando-se, assim, de questões mais restritas de inconstitucionalidade). Conforme escólio de GILMAR FERREIRA MENDES:

Para instauração do controle abstrato de normas bastava, portanto, que houvesse dúvida quanto à constitucionalidade da lei, demonstrando-se, assim, a existência de interesse público na apreciação da questão pelo Tribunal.

Por isso, logrou o Supremo Tribunal Federal separar a chamada *representação interventiva* do processo de controle abstrato de normas.

Enquanto a *representação interventiva*, na qual o Procurador-Geral da República atuava como simples representante judicial, pressupunha um interesse jurídico específico da União, configurava a representação de inconstitucionalidade instrumento peculiar para controle da legitimidade da lei. O Procurador-Geral da República era titular da ação apenas com o objetivo de instaurar o processo.

Na decisão de 3 de fevereiro de 1986, ressaltou o Tribunal, uma vez mais, a *natureza política* do controle abstrato de normas. O processo judicial deveria, por isso, ser considerado simples forma. Essa orientação tornou-se ainda mais nítida no acórdão de 18 de maio de 1988. O Supremo Tribunal Federal ressaltou a objetividade desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas.³⁵⁹

Ainda, acerca da atuação do Procurador-Geral da República enquanto titular exclusivo da legitimidade para a propositura da representação por inconstitucionalidade, assinala GILMAR FERREIRA MENDES:

Posteriormente acrescentou o Tribunal que o Procurador-Geral da República, enquanto órgão político, era titular da ação – *dominus litis* – apenas para o efeito de provocar ou não o Tribunal.

A natureza política desse processo permitia ao órgão legitimado decidir sobre a propositura da ação. Não lhe era dado, porém, desistir da ação ou impedir, de alguma forma, que o Supremo Tribunal Federal apreciasse a questão que lhe fora anteriormente submetida.³⁶⁰

A Constituição de 1967 não trouxe relevante inovação no cenário do controle de constitucionalidade, limitando-se a reproduzir as características trazidas pela Constituição de 1946, bem como, no que concerne ao modelo concentrado, absorveu as inovações implementadas pela Emenda Constitucional nº 16/1965,³⁶¹ consagrando, destarte, a representação genérica contra a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e

³⁵⁹ MENDES, *op. cit.*, 2014, p. 177. Ainda: MARTINS e MENDES, *op. cit.*, p. 381.

³⁶⁰ MENDES, *op. cit.*, 2014, p. 177.

³⁶¹ POLETTI, *op. cit.*, 1985, p. 97; PALU, *op. cit.*, p. 133.

estaduais, de legitimidade ativa restrita ao Procurador-Geral da República. Anote-se, entretanto, que essa nova Constituição não contemplou o controle concentrado em âmbito estadual pelos Tribunais de Justiça para defesa das respectivas constituições estaduais. Com relação à intervenção federal por violação aos princípios sensíveis, a Constituição de 1967 transferiu a competência do Congresso Nacional para o Presidente da República de, mediante decreto, suspender a execução do ato estadual impugnado (art. 11, § 2º).³⁶² De qualquer modo, ao admitir, por meio da representação genérica contra leis federais e estaduais, trouxe importante avanço ao sistema brasileiro de controle. Em comparação aos modelos previstos nos Textos de 1934 e de 1946, antes da Emenda nº 16/1965, assinala CELSO AGRÍCOLA BARBI que:

O sistema vigente no regime das Constituições de 1934 e 1946, que só previam esse exame da lei em tese quando fosse ela emanada dos Estados-membros e como preliminar do processo de intervenção federal, já abria salutares perspectivas para a ampliação dos meios de controle. Certos juristas propugnaram mesmo por uma interpretação extensiva, que permitisse o uso da arguição de inconstitucionalidade mesmo quando não estivesse em jogo o problema da intervenção federal. Agora, a questão ficou definitivamente resolvida, não só com relação a leis estaduais, mas também com relação a leis federais.³⁶³

Outro aspecto relevante dessa inovação trazida pela Reforma Constitucional de 1965 diz respeito aos efeitos da decisão proferida no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Como bem destaca MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, com a inserção da “representação de inconstitucionalidade” – instrumento inspirado no modelo concentrado de matriz europeia – passou a entender o Supremo Tribunal Federal que as decisões de inconstitucionalidade proferidas nesses processos passariam a ter, por si, eficácia *erga omnes*, não mais demandando a sua comunicação ao Senado Federal para fins de suspensão da lei ou ato normativo.³⁶⁴ Deveras, como recorda o MINISTRO ROBERTO BARROSO em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 955.227/BA:

(...) Sob a égide da Constituição de 1967 alterada pela EC nº 1/1969, vigia o art. 42, VII, cuja redação era idêntica à do atual art. 52, X, da Constituição de 1988. No entanto, no Processo Administrativo nº 4.477/1972, em deliberação chancelada pelo despacho de 18.04.1977, esta Corte definiu que as decisões, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não seriam mais encaminhadas ao Senado Federal, mas apenas às autoridades prolatoras da legislação, para fins de comunicação. Esta

³⁶² BARBI, *op. cit.*, pp. 144-145. Ainda, conforme dicção daquela Constituição: “Art 11 - Compete ao Presidente da República decretar a intervenção. (...) § 2º - Nos casos dos itens VI e VII do art. 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia.”

³⁶³ BARBI, *op. cit.*, p. 145.

³⁶⁴ Conforme assinala o constitucionalista: “Vale assinalar que, por via de interpretação, o Supremo Tribunal Federal entendeu dispensada a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional no controle *in abstracto*. A sua decisão tem aí eficácia *erga omnes* e importa, portanto, na perda da eficácia da regra. Em consequência, nesse caso, não comunica ele a decisão ao Senado Federal, que assim não vem a determinar essa suspensão” (FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 9.)

Corte atribuiu, portanto, efeitos vinculantes erga omnes às suas próprias decisões em controle abstrato, o que foi positivado com a introdução do art. 175 no Regimento Interno, em 1980 (...).³⁶⁵

A Emenda Constitucional nº 1/1969, conforme visto, editou um novo texto constitucional, alterando inteiramente a Constituição de 1967. No âmbito do controle concentrado, a Emenda.

Grande inovação, porém, estava destinada à ação direta do Procurador-Geral da República a ser julgada pelo Supremo Tri-bunal Federal, em caso de exame abstrato de norma impugnada. De fato, não apenas se manteve a novidade trazida pela Emenda n.º 16, de 26 de novembro de 1965, como sofreu ela grande alteração pela Emenda n.º 7/77, que criou a hipótese da re-presentação versar também sobre a interpretação de lei. O texto em vigor determina a competência do Supremo Tribunal para julgar "a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato nor-mativo federal ou estadual" (art. 119, I, XXX, "1").³⁶⁶

Com relação ao controle concentrado em âmbito estadual, a despeito de a Constituição de 1967 não ter previsto a sua possibilidade, cumpre destacar que a Emenda nº 1/1969, por seu turno, cuidou de criar a ação interventiva em âmbito estadual para fins de intervenção nos municípios.³⁶⁷ Assim, passou a prever a competência privativa dos Tribunais de Justiça dos estados-membros para processarem e julgarem a representação apresentada pelo respectivo Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público estadual, para fins de determinar a intervenção estadual nos municípios para assegurar a observância dos princípios consignados nas cartas estaduais ou para prover a execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, cabendo ao governador, por meio de decreto, suspender o ato impugnado se medida suficiente para restabelecer a normalidade (art. 15, § 3º, "d").

2.4. O SISTEMA DUAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E AS CAUSAS PARA EXPANSÃO E PREDOMINÂNCIA DO MODELO CONCENTRADO

A Constituição de 1988 consolidou a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, contemplando o mais amplo sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público que o País já possuiu. Cumpre, neste tópico,

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 955.227/BA*. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 08/02/2023, DJe 02/05/2023.

³⁶⁶ POLETTI, *op. cit.*, 1985, p. 99.

³⁶⁷ Conforme assinala Carlos Mário da Silva Velloso: "Constituição de 1967 não trouxe alteração. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, instituiu, no art. 15, § 3º, d, ação interventiva nos Tribunais de Justiça, prius da intervenção do Estado-membro no Município". (VELLOSO, *op. cit.*, p. 18)

apresentar as características do sistema de controle de constitucionalidade consolidado pela atual Ordem Constitucional, apresentando, assim, o “estado de coisas” concretizado a partir de outubro de 1988.

Alerte-se, de pronto, que o presente tópico busca oferecer uma exposição do sistema de controle de constitucionalidade sob a Constituição de 1988, de modo a apresentar o desenvolvimento desse cenário. Logo, o principal escopo é apresentar e contextualizar os meios de controle de constitucionalidade e, com especial atenção, o desenvolvimento dos modelos difuso e concentrado sob a atual Ordem Constitucional. Com isso, almeja-se permitir uma adequada compreensão das causas de ampliação da relevância do modelo concentrado, que fizeram guindá-lo a uma posição de proeminência no Direito brasileiro, relegando o controle difuso a um plano secundário.

Cuida-se, assim, de apresentar, com os contornos suficientes e necessários, o desenvolvimento do contexto em que se encontrava o sistema de controle de constitucionalidade, pautado pela preponderância do controle concentrado, de modo a permitir, no Capítulo subsequente, tratar das mudanças que resgataram a relevância do vetusto modelo difuso e que lhe concederam um impacto mais significativo no Ordenamento pátrio.

2.4.1. O controle preventivo de constitucionalidade

De início, cabe ressaltar que a Ordem Constitucional inaugurada em 1988 previu mecanismos de controle *preventivo* de constitucionalidade, de modo a evitar a edição de atos contrários à Constituição. Nesse sentido, o sistema constitucional nacional admitiu o controle preventivo por órgãos políticos, que acabam por fiscalizar o processo de elaboração do ato normativo, colimando impedir o ingresso de normas inconstitucionais no sistema jurídico.

Desse modo, o próprio Poder Legislativo, no curso do processo legislativo, pode avaliar a constitucionalidade das proposições, rejeitando aquelas que reputar impossíveis com o Texto Constitucional. Anote-se, por exemplo, que o art. 137, § 1º, II, “b”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) atribui ao Presidente da Casa o poder de devolver ao parlamentar-autor (isto é: rejeitar liminarmente) a respectiva proposição legislativa que se revele “evidentemente inconstitucional”.

Superado esse juízo inicial e não havendo essa devolução imediata ao autor, dar-se-á seguimento ao processo legislativo. Como forma de dinamizar os trabalhos legislativos, previu-se, na forma do art. 58 da Constituição Federal, a criação de comissões permanentes ou temporárias, consistentes em órgãos fracionários do Poder Legislativo e que terão, conforme o

regimento interno, atribuição para avaliar as proposições sob o aspecto da juridicidade e de mérito. No campo do controle da constitucionalidade, ganha destaque a atuação das comissões de constituição e justiça (CCJ), corriqueiramente presentes nos diversos órgãos legislativos da Federação brasileira. A essas comissões é costumeiramente atribuída a tarefa precípua, posto que não única, de verificar a constitucionalidade dos projetos legislativos que lhe são submetidos, emitindo parecer sobre o assunto. Na forma do art. 54, I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), os pareceres da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sobre a constitucionalidade ou juridicidade da propositura terão caráter terminativo, conquanto caiba recurso ao Plenário, na forma do art. 144 do Regimento. No mesmo sentido, veja-se o art. 101, I e § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal. Assinale-se, ainda, que o art. 163, II, do Regimento considera prejudicada a tramitação de projetos legislativos nos casos em que repitam matéria tida por inconstitucional em parecer da CCJ em outra propositura. Esses são apenas exemplos de meios pelos quais o Poder Legislativo pode exercer o controle preventivo da constitucionalidade das proposições legislativas, de modo a buscar impedir a inserção de leis inválidas no ordenamento jurídico.

Passada a fase legislativa de tramitação de determinado projeto de lei e, tendo sido aprovado no Parlamento, caberá, nas hipóteses do art. 48 da Constituição de 1988, submetê-lo ao crivo do Chefe do Poder Executivo, para que, caso concorde com a propositura, sancione o projeto, ou, discordando, aponha-lhe o seu poder de veto, na forma do art. 66 da Lei Maior. O exame do Chefe do Executivo sobre o projeto deverá se debruçar sobre dois aspectos: o jurídico e o de mérito. Assim, é dado ao Executivo verificar a validade constitucional do projeto, bem como a sua conveniência e oportunidade. Logo, constatando que o projeto contém vícios de inconstitucionalidade, deverá vetá-lo, no todo ou em parte, de modo a impedir o ingresso de normas inconstitucionais no sistema jurídico. Trata-se do denominado “veto jurídico”, que consiste em instrumento outorgado ao Chefe do Executivo para que, de forma preventiva, impeça a conversão de proposições legislativas inválidas em lei inconstitucionais. De outro lado, examinando os aspectos de conveniência e oportunidade, poderá o Chefe do Executivo considerar o projeto, no todo ou em parte, contrário ao interesse público, podendo, então, vetá-lo. Trata-se, nessa segunda hipótese, de “veto político”.³⁶⁸

³⁶⁸ Sobre o tema: BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 90-91.

Tema particularmente relevante diz respeito à possibilidade de controle de constitucionalidade do próprio veto. O tema foi enfrentado, em primeiro momento, na ADPF nº 1 QO/RJ, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido nos seguintes termos: “(...) 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação

Assim, tradicionalmente, o controle preventivo da constitucionalidade é exercido no interior dos órgãos políticos produtores de atos normativos, sendo tratados, preponderantemente, como assuntos *interna corporis*. Por essa razão, como regra geral, é infenso ao Poder Judiciário imiscuir-se nas atividades dos demais para impedir a deliberação e aprovação de atos normativos.

Excepcionalmente, como é sabido, admite-se o controle judicial preventivo, isto é, sobre o projeto ainda em trâmite de aprovação. Segundo assentando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle judicial preventivo terá lugar nas seguintes situações: i) casos de inconstitucionalidade formal por violação às regras constitucionais de processo

política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de "ato do Poder Público", para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ – Questão de Ordem*. Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 03/02/2020, DJ 07/11/2003).

Posteriormente, em decisão monocrática na ADPF nº 45 MC/DF, o Ministro Celso de Mello, apesar de julgar prejudicada a ação, consignou a possibilidade de controle judicial do veto, pontuando que: "Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. (...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (...) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Monocrática. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF – Medida Cautelar*. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19/04/2004, DJ 04/05/2004)

Mais recentemente, o STF assentou a possibilidade de controle do veto no bojo da ADPF nº 893/DF, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso. Segundo a decisão: "1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o veto presidencial ao art. 8º do Projeto de Lei de Conversão nº 12/2021 (que deu origem à Lei nº 14.183/2021), veiculado na Edição Extra do Diário Oficial da União (DOU), de 15.07.2021. O veto em questão foi acrescentado depois da publicação, na edição ordinária do DOU desse mesmo dia, de texto da Lei nº 14.183/2021 do qual art. 8º constava como sancionado. 2. A controvérsia posta nos autos não é sequer a discussão de saber se o veto opera preclusão, e sim se é possível exercer tal poder após a expiração do prazo. A resposta parece ser claramente negativa. Precedentes: ADPFs 714, 715 e 718, Rel. Min. Gilmar Mendes. 3. No caso presente, o prazo para exercício da prerrogativa de vetar o projeto de lei de conversão se entendeu até 14.07.2021. Nessa data, o Presidente da República editou mensagem de veto e encaminhou o texto legal para publicação, sem manifestar a intenção de vetar o art. 8º do projeto de lei. Foi somente no dia seguinte, quando o prazo já havia expirado, que se providenciou a publicação de edição extra do diário oficial para a divulgação de novo texto legal com a aposição adicional de veto a dispositivo que havia sido sancionado anteriormente. 4. Ultrapassado o prazo de 15 (quinze) dias do art. 66, § 1º, da Constituição, o texto do projeto de lei é, necessariamente, sancionado (art. 66, § 3º), e o poder de veto não pode mais ser exercido. O fato de o veto extemporâneo ter sido mantido na forma do art. 66, § 4º, da Constituição não altera a conclusão pela sua inconstitucionalidade. O ato apreciado pelo Congresso Nacional nem sequer poderia ter sido praticado. 5. Pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade do veto impugnado e, assim, restabelecer a vigência do art. 8º da Lei nº 14.183/2021. Tese de julgamento: 'O poder de veto previsto no art. 66, § 1º, da Constituição não pode ser exercido após o decurso do prazo constitucional de 15 (quinze) dias'." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 893/DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, red. p/ ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 21/06/2022, DJe 05/09/2022)

legislativo, podendo abranger Propostas de Emendas à Constituição e Projetos de Lei; e ii) casos de inconstitucionalidade material de Propostas de Emenda à Constituição na hipótese de violação às Cláusulas Pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88). O fundamento para o controle judicial preventivo de constitucionalidade de proposições e projetos de lei e outros atos normativos decorre do direito dos parlamentos ao devido processo legislativo. Assim, admite-se que o parlamentar promova a impetração de Mandado de Segurança para proteger o seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo hígido e regular, tendo como autoridade impetrada (legitimidade passiva) o presidente da Casa Legislativa a que pertence o parlamentar e em que tramita a propositura.³⁶⁹ Apesar de consubstanciar modalidade de controle preventivo, dado que ocorre antes da inserção do ato na Ordem Jurídica, cabe ressaltar que se trata de mandado de segurança repressivo, na medida em que se busca atacar ato já praticado que admitiu a tramitação da propositura.

2.4.2. O controle repressivo de constitucionalidade

Por seu turno, o controle repressivo (ou *a posteriori*) de constitucionalidade ocorre em momento posterior ao ingresso da lei ou ato no Ordenamento Jurídico. Esse controle repressivo pode ser exercido por órgão *político* ou *judicial*.

Destaca-se, tradicionalmente, como exemplo de controle político repressivo de constitucionalidade o exercido pelo Congresso Nacional com fulcro no art. 49, inciso V, da Constituição Federal, por meio do qual o Poder Legislativo Federal pode editar decreto legislativo para o fim de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Atente-se, ainda, para o controle legislativo das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, preconizando o Texto Constitucional a submissão do ato normativo a uma comissão mista formada por deputados e senadores, que o examinará e emitirá parecer prévio à sua tramitação em cada Casa do Congresso (art. 62, § 9º, da CF/1988), bem como prevendo que cada Casa deliberará sobre o mérito do ato após o devido exame do atendimento de seus pressupostos constitucionais (art. 62, § 5º, da CF/1988). Com isso, poderá o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória editada, exercendo, assim, um controle repressivo sobre o ato normativo.

Aponte-se, contudo, que não há se falar em controle legislativo da constitucionalidade de leis. Evidentemente, não há impedimento a que o Poder Legislativo, por seus membros,

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Mandado de Segurança nº 32.033*. Relator Ministro Gilmar Mendes, red. p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 20/06/2013, DJe 18/02/2014.

considere determinada lei por ele anteriormente produzida como constitucionalmente inválida e, em razão disso, decida editar nova lei revogando-a. Nessa situação, a despeito dessa revogação ter sido motivada pela convicção do corpo legislativo da inconstitucionalidade da lei, não cabe atribuir a essa conduta o caráter de efetivo controle de constitucionalidade repressivo. A aprovação da lei de revogação não se equipara à declaração judicial de inconstitucionalidade. Nesse sentido, assinalou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221, que: “[e]m nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores”, de tal modo que “[o] controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário”.³⁷⁰

De outra parte, conquanto envolto em celeumas, há quem admita o exercício do controle político repressivo de constitucionalidade pelo Poder Executivo, por meio da negativa de eficácia a lei que considere inconstitucional. Como é consabido, o Poder Executivo, como regra – notadamente no desempenho de atividades administrativas –, tem atuação infralegal, regendo-se pelo princípio da legalidade estrita, o que significa dizer que apenas age quando autorizada pela lei (*secundum legem*), não lhe sendo lícito agir contra (*contra legem*) ou além (*praeter legem*) do comando legal. Assim, compete-lhe aplicar a lei e não julgá-la. Contudo, defende-se que, assim como está vinculado à lei, está o Poder Executivo também – e primordialmente – submetido ao Texto Constitucional, não cabendo cogitar, em caso de conflito entre atos normativos de diversa hierarquia, que deixe de aplicar a norma de estatura constitucional em benefício de lei ou ato inconstitucional. Essa corrente ganhou força sob os regimes constitucionais anteriores, em que a legitimidade para a propositura da ação direta era restrita.

Já sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em *obter dictum*, admitiu a possibilidade, mesmo após a vigência da atual Constituição, da recusa do cumprimento de leis consideradas inconstitucionais pelo Poder Executivo.³⁷¹ Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça também entendeu pela possibilidade do Poder Executivo negar eficácia às leis que considerasse inconstitucionais.³⁷² Essa medida, entretanto, é extremada e deve ser aplicada com

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221-MC/DF*. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 29/03/1990, DJ de 22/10/1993.

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221-MC/DF*. Relator Min. Moreira Alves, julgado em 29/03/1990, DJ 22/10/1993.

³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *Recurso Especial nº 23.121-GO*. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993.

bastante cautela, tendo em vista a possibilidade de responsabilização do administrador pelo descumprimento deliberado de comandos legais.

Com efeito, em relação a esse tema, a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento das ações diretas na atual Constituição – notadamente com a atribuição concedidas aos Chefes dos Poderes Executivos e a possibilidade de requerimento de medida cautelar – reascendeu o debate. A celeuma foi bem apresentada por LUÍS ROBERTO BARROSO:

Após a Constituição de 1988, esse poder [de descumprir as leis inconstitucionais] tradicionalmente reconhecido ao Executivo passou a ser questionado, à vista do fato de que a nova Constituição eliminou o monopólio antes exercido pelo Procurador-Geral da República para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, passando a admitir que ela fosse instaurada pelo Presidente da República e pelo Governador do Estado (art. 103, I e V). Assim, como lhes foi facultado obter o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em via principal e abstrata, já não se deveria admitir que pudessem, de ofício, negar cumprimento à lei, sem antes tomar a iniciativa de contestar sua validade, inclusive postulando a concessão de medida cautelar que suspendesse sua eficácia (art. 102, I, *p*).³⁷³

Destaque-se, contudo, que o controle de constitucionalidade repressivo, por excelência, é o desenvolvido pelo Poder Judiciário. A Constituição de 1988, na senda das constituições da Europa Ocidental da segunda metade do Século XX – com especial inspiração no modelo dual estabelecido em Portugal pela Constituição de 1976 –, ampliou substancialmente o controle judicial repressivo, prevendo o seu exercício pelas vias difusa e concentrada.

Em razão disso, costuma-se referir ao modelo de controle jurisdicional brasileiro como sendo misto, por congregar tanto o controle difuso quanto o concentrado. Parece mais preciso referir-se, todavia, a um sistema dual, na medida em que os modelos jurisdicionais convivem de forma paralela, sem que haja mescla ou fusão dos procedimentos. Assim sendo, o Direito brasileiro adotou o modelo americano de controle difuso de modo puro, sendo caracterizado pelo modo incidental e concreto de controle dos atos normativos. Do mesmo modo, importou-se o modelo austríaco pré-reforma de 1929, de modo que o controle concentrado é marcado pelo controle pela via principal e em abstrato.

2.4.3. O controle judicial difuso na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 manteve o perfil do controle judicial difuso de constitucionalidade inaugurado na Primeira República, acolhendo, ainda, as modificações que

³⁷³ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 92-93.

foram sendo feitas no modelo ao longo das constituições anteriores, como é o caso da Reserva de Plenário para declaração de inconstitucionalidade, pelos tribunais, de lei ou ato normativo do Poder Público, bem como a atribuição ao Senado Federal de suspender a execução, total ou parcialmente, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, ao se falar em controle jurisdicional difuso no direito brasileiro, tem-se por sinônimos: “controle incidental” ou “*incidenter tantum*”, “controle por via de exceção”, “controle por via de defesa” ou, ainda, “controle concreto”. É marcado como “difuso”, conforme visto, em razão da ampla competência dos órgãos judiciários para apreciar a inconstitucionalidade, função concedida a todo e qualquer órgão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição. Será exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde o Juízo de 1º grau até o próprio Supremo Tribunal Federal, em caráter originário ou recursal. É “incidental” na medida em que a questão de inconstitucionalidade é enfrentada como sendo prejudicial ao mérito, constando da causa pedir, das razões de defesa ou dos fundamentos da decisão. Tem-se como “concreto” na medida em que o controle apenas acontecerá por ocasião de um caso concreto submetido a julgamento. Tais vocábulos, portanto, quando empregados dentro do específico contexto jurídico brasileiro, devem ser entendidos como termos que designam o modelo de controle.

A legitimidade ativa para dar ensejo ao controle recai sobre qualquer pessoa que sofra lesão ou ameaça de lesão em decorrência de condutas fundadas em lei ou ato normativo inconstitucional. Diante do argumento de direito subjetivo violado ou sob risco de violação, surge para a parte o interesse de agir para fazer cessar ou obstar conduta ou ato perpetrador dessa violação. Nessa linha, o direito de ação constituir-se-á na prerrogativa de provocar a estrutura estatal judiciária, mobilizando-a para que, substituindo as partes, apresente solução para o litígio. Cumpre ressaltar que a função jurisdicional é inerte, não podendo o Poder Judiciário dar início *ex officio* a um processo. Para isso, é necessário que a parte interessada peça a prestação da tutela jurisdicional por meio da ação. Deveras, não seria prudente o juiz dar início à causa porque isso comprometeria a sua imparcialidade. Esse princípio vem expresso nas seguintes máximas latinas: *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*. Para que seja acionada a jurisdição, faz-se necessário que o interessado a invoque, respeitando os preceitos legais das condições da ação.

Sob outra perspectiva, a provocação do controle pode advir da conduta do réu em apresentar a sua defesa contra a pretensão do autor. Cuida-se de hipóteses em que os pedidos pleiteados pelo autor da ação colimam impor ao réu a observância de lei ou ato normativo inválido e, portanto, causador de uma ameaça de lesão a direito subjetivo deste. Assim sendo,

poderá o réu buscar esquivar-se da pretensão autora alegando que a lei ou ato em que se funda a ação é contrária à Constituição e, por essa razão, deve ser o pedido meritório julgado improcedente. Também terceiro afetado pela lide pode suscitar a questão de constitucionalidade.³⁷⁴

Tem-se que o controle difuso é também identificado como “por via de exceção ou defesa”, porque a questão de inconstitucionalidade será arguida como fundamento do pedido do autor ou da defesa o réu, podendo ser suscitada em qualquer processo, seja qual for sua natureza (cível, penal, trabalhista etc.).³⁷⁵

Identifica-se, ainda, como “controle concreto” em razão da necessidade da existência de uma lide, isto é, uma pretensão resistida, uma controvérsia entre as partes sobre determinado bem da vida, na linha da doutrina americana do “*case or controversy*”. A jurisdição, como é consabido, é uma das funções do Estado e tem por objetivo fundamental buscar a pacificação social, substituindo as partes interessadas que se encontram conflitantes e fazendo valer a vontade do direito. Tal função se desempenha por meio das diversas modalidades de processo admitidas pela Ordem Jurídica. O conflito é, então, submetido ao Poder Judiciário, para que este, no caso concreto, decida a controvérsia e, sendo a questão relevante para a decisão, aprecie a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo que embase o pedido do autor ou a defesa do réu.

Tem-se por incidental porque a inconstitucionalidade não é objeto da ação, mas mero fundamento do pedido ou da contestação. Trata-se de questão prejudicial que deverá ser enfrentada pelo julgador antes da análise de mérito, devendo ser analisado quando relevante para que o julgamento caminhe em um ou outro sentido. A declaração de inconstitucionalidade

³⁷⁴ Conforme assinala Paulo Roberto Lyrio Pimenta: “Na fiscalização difusa a inconstitucionalidade pode ser argüida pelas partes (autor ou réu), terceiros intervenientes (assistente, oponente etc.) ou pelo Ministério Público, quer atue como parte ou como *custos legis*. Outrossim, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida de ofício pelo órgão jurisdicional, pois se trata de matéria de ordem pública. Em qualquer situação, é imprescindível que a declaração de inconstitucionalidade ocorra nos autos do processo jurisdicional, isto é, diante de uma situação concreta, e não em abstrato.” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O controle difuso de constitucionalidade no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros editores, 2010, p. 73)

³⁷⁵ Mais uma vez trazendo a lição de Paulo Roberto Lyrio Pimenta: “(...) a declaração de inconstitucionalidade da lei poderá ocorrer, via de regra, em qualquer tipo de procedimento jurisdicional, de cognição, cautelar ou de execução. Em alguns procedimentos existem restrições, tendo em vista o modo como está estruturado e o tipo de tutela com a qual se relaciona. Em qualquer caso, convém reafirmar que o objeto do processo não será, em hipótese alguma, a pronúncia de inconstitucionalidade da lei, e, sim, a proteção de um direito subjetivo ou a tutela do próprio processo” (PIMENTA, *op. cit.*, p. 75). Defende o autor, contudo, que, mesmo nos casos em que a lei limita a matéria alegável pela parte, caberá suscitar a questão de inconstitucionalidade: “Naqueles procedimentos em que a lei limitou a matéria alegável, ou seja, restringiu os fundamentos jurídicos do pedido e/ou da resposta do réu, como, por exemplo, nos embargos à execução contra a Fazenda Pública (CPC, art. 741), na impugnação do executado (CPC, art. 475-L) e na ação de consignação em pagamento (CPC, art. 896), a inconstitucionalidade pode ser invocada por qualquer das partes, posto que a fiscalização difusa tem fundamento constitucional. Logo, qualquer limitação traçada pelo legislador infraconstitucional não alcança o ponto constitucional. Ainda que existam restrições, a parte poderá invocar a inconstitucionalidade da norma jurídica” (*idem*, p. 122).

não é a finalidade do processo, mas uma questão jurídica prévia cujo enfrentamento é necessário para que, ao final, possa ser proferida decisão pela procedência ou improcedência do pedido formulado pelo autor. Com efeito, não há interesse da parte pela simples declaração de inconstitucionalidade de determinada lei se isso não acarretar o efeito concreto de livrá-lo de situação em que, caso contrário, sofreria lesão em razão da obrigatoriedade de cumprimento da lei ou ato inválido.

Justamente pelo seu caráter incidental, o exame da questão de inconstitucionalidade deve constar dos fundamentos da sentença e não do seu dispositivo.³⁷⁶ Com efeito, é nos fundamentos da sentença que o juiz apreciará as questões de fato e de direito, sendo que é neste momento de elaboração do ato decisório em que será analisada a constitucionalidade da lei ou ato normativo invocado pelas partes ou que seja aplicável ao caso. Diferentemente, a parte dispositiva da sentença contém a resolução das *questões principais* que lhe foram submetidas. Por questão principal, deve-se entender o bem da vida objeto do litígio entre as partes; trata-se do que o autor pretende do réu e este resiste em ceder. Nesse sentido, a questão de inconstitucionalidade não é apresentada em caráter principal, mas apenas incidental, não sendo o objeto em si da controvérsia, mas o argumento suscitado por uma parte ou outra para convencimento do juiz da correção da sua pretensão. Do mesmo modo, ao prolatar a sentença, o julgador deve analisar o mérito da pretensão do autor para, ao cabo, na parte dispositiva, julgar procedente ou improcedente os pedidos por este formulados, concedendo-lhe ou negando-lhe o bem da vida disputado.

A questão de inconstitucionalidade, que poderá ter por objeto qualquer lei ou ato do Poder Público – federal, estadual, municipal ou distratal, inclusive pré-constitucional – apenas deve ser enfrentada no ato decisório se for relevante para a causa, de modo que o seu enfrentamento poderá ser determinante para os rumos da causa (questão prejudicial ao mérito), sendo utilizada como fundamentação para decidir em um ou outro sentido.³⁷⁷

Com relação ao julgamento da questão de inconstitucionalidade nos tribunais, a Constituição de 1988 manteve a tradição de manter a previsão da cláusula de reserva de plenário

³⁷⁶ CPC/2015: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.”

³⁷⁷ Pontua Paulo Roberto Lyrio Pimenta que: “Objeto da arguição será a lei ou ato normativo federal, estadual, distratal ou municipal, sendo irrelevante o tipo de inconstitucionalidade alegada. A arguição poderá ocorrer em qualquer recurso, causa da competência originária do órgão fracionário ou remessa necessária, a que se refere o art. 475 do CPC. É indispensável que a decisão a ser adotada pelo órgão dependa logicamente da solução da questão constitucional.” (PIMENTA, *op. cit.*, p. 76)

em seu artigo 97,³⁷⁸ cuja observância é obrigatória, subtraindo dos órgãos fracionários dos tribunais (Câmaras, Turmas ou Seções)³⁷⁹ a atribuição para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Veja-se, inclusive, que o verbete nº 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal censura a burla da submissão da questão de inconstitucionalidade ao plenário dos tribunais: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 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”. A exceção à obrigatoriedade de submissão da questão de inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial dá-se nos casos previstos no parágrafo único do art. 949 do Código de Processo Civil: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.³⁸⁰ Assim sendo, na linha do escólio de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

Nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal, exceto o “órgão especial” de que cogita o art. 93, nº XI, da Carta da República, tem competência para declarar inconstitucional, mesmo incidentalmente, uma lei ou outro ato normativo do poder público. É o que resulta do preceito segundo o qual a inconstitucionalidade não pode ser declarada senão pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou – onde exista – do “órgão especial” acima referido.³⁸¹

Destaque-se, inclusive, que, tendo em vista a ausência de competência para o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, na hipótese – improvável, mas não impossível – de submissão do incidente de inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial e este, quando do julgamento, defrontar-se

³⁷⁸ CF/1988: “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.”

³⁷⁹ Sobre o tema, cumpre consignar que os tribunais constituem órgãos colegiados, cujas decisões são tomadas, em regra, pela contagem de votos de seus membros. Por vezes, entretanto, o número de membros de um determinado tribunal é demasiadamente elevado, tornando inviável a reunião de todos os seus membros em sessão plenária para decidir cada caso submetido à corte. A fim de obter uma estrutura mais ágil, organizam-se internamente por meio da distribuição do conjunto de seus membros em órgãos fracionários, dividindo-se o tribunal em *câmaras* (denominação costumeiramente empregada nos tribunais estaduais) ou em *turmas* (denominação utilizada nos tribunais federais). Esses órgãos fracionários passam a julgar as causas em nome do tribunal a que pertencem, resolvendo o mérito dos pedidos e pondo fim à instância. Significa dizer que os casos passam a ser decididos em caráter definitivo por esses órgãos fracionários, não havendo necessidade de reunião da totalidade dos membros do tribunal.

³⁸⁰ Nesse sentido, sedimentou o STF em sede de repercussão geral (Tema nº 856) que: “É desnecessária a submissão à regra da reserva de plenário quando a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário ou em Súmula deste Supremo Tribunal Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 914.045 RG/MG*. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 15/10/2015, DJe 19/11/2015)

³⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39.

com situação empate insuperável ou impossibilidade fática de obtenção da maioria absoluta, a solução mais adequada será a manutenção da presunção de constitucionalidade da lei ou ato questionado. Nessa situação hipotética, não poderá o órgão fracionário decidir sobre a questão a seu critério, tendo em vista que não possui competência para tanto, estando obrigado a tomar a lei ou ato normativo como válido e aplicá-lo ao caso concreto.³⁸²

Pontue-se, outrossim, que o plenário – também denominado “tribunal pleno” – consiste no órgão do tribunal que compreende a totalidade de seus membros. Reúne-se para deliberar sobre causas ou situações que, pela sua própria natureza, não poderiam ser decididas por órgão fracionário. Contudo, atento à realidade de tribunais que contam com elevado número de membros,³⁸³ o Constituinte cuidou de prever, no artigo 93, inciso IX, da Lei Maior, a possibilidade de que os tribunais compostos por mais de 25 (vinte e cinco) membros pudessem instituir o denominado “órgão especial”. Conforme as regras constitucionais, esse órgão especial deve contar com, no mínimo, 11 (onze) e, no máximo, 25 (vinte e cinco) membros, escolhidos metade por critério de antiguidade e a outra, via eleição pelo tribunal pleno. A esse órgão são outorgadas, por delegação do plenário, as atribuições administrativas e jurisdicionais próprias deste. Dentre as possibilidades de delegação está, justamente, o julgamento das questões de inconstitucionalidade. Assim é que o artigo 97 da Constituição preconiza que a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais dar-se-á por meio do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal (pleno) ou dos membros do respectivo órgão especial.

Assim sendo, uma vez suscitada a questão de inconstitucionalidade na câmara ou turma do tribunal,³⁸⁴ caberá ao relator submetê-la a deliberação do órgão fracionário. A Câmara ou Turma poderá rejeitá-la se entender que não é o caso de declaração de inconstitucionalidade, situação em que se dará prosseguimento ao julgamento da causa (art. 949, I, do CPC).³⁸⁵ De

³⁸² Embora, reitere-se, improvável, as situações de empates insolúveis podem vir a ocorrer. Tome-se como exemplo, embora no âmbito do controle concentrado, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167/DF, em que, não tendo atingido a maioria absoluta em um sentido ou outro acerca da validade do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, decidiu a Corte manter a presunção de constitucionalidade do dispositivo, sem aplicar, contudo, eficácia *erga omnes* ou efeito vinculante.

³⁸³ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, conta atualmente com 360 (trezentos e sessenta) desembargadores, de modo que seria inimaginável a reunião de todos em uma única sessão de julgamento para o fim de deliberar sobre as mais diversas matérias. Sobre a composição desse Tribunal, ver: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos>. Acesso em 03 fev. 2023.

³⁸⁴ Como destaca Paulo Roberto Lyrio Pimenta, ainda sob a luz do CPC de 1973, mas cujas observações permanecem sob o atual *Codex*: “Qualquer das partes do processo, assistente ou Ministério Público (atuando como parte ou como *custos legis*) tem legitimidade para a arguição da inconstitucionalidade perante o órgão fracionário, a qual também poderá ocorrer *ex officio* pelo Relator, Revisor ou qualquer dos juízes do órgão jurisdicional fracionário” (PIMENTA, *op. cit.*, p. 76).

³⁸⁵ Conforme José Carlos Barbosa Moreira: “O órgão fracionário pode rejeitar a arguição por entendê-la *inadmissível* ou por entendê-la *improcedente*. É inadmissível, v.g., a arguição referente a ato que não seja do poder público; também é inadmissível a arguição *impertinente*, relativa a lei ou outro ato de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa. (...). *Improcedente* será a arguição quando o órgão fracionário, pela maioria

outro lado, poderá decidir pelo acolhimento da questão, caso em que suscitará, então, o incidente de arguição de inconstitucionalidade para ser submetido ao Plenário (art. 949, II, do CPC). Nessa segunda situação, o órgão fracionário lavrará acórdão acolhendo a questão de inconstitucionalidade e remetendo o incidente ao plenário ou órgão especial, onde houver, que julgará exclusivamente o tema da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição.

É relevante frisar que o plenário ou órgão especial não julga o mérito da causa, isto é, não analisa a questão principal, restringindo-se à questão prejudicial e incidental da validade constitucional da lei ou ato normativo do Poder Público aplicável ao caso.³⁸⁶ Uma vez julgada a questão de inconstitucionalidade, o plenário ou órgão especial lavrará o respectivo acórdão, devolvendo ao órgão fracionário para que julgue o mérito do caso concreto em conformidade com a decisão do plenário. Esse acórdão sobre a questão prejudicial é irrecorrível, ressalvados os embargos declaratórios. Nesse sentido, prevê o verbete nº 293 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais”. No mesmo sentido, dispõe o verbete nº 455 que: “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”.

Por fim, ao órgão fracionário caberá o julgamento da causa em si, dando ensejo a um terceiro acórdão. Será contra esse terceiro acórdão que caberá a interposição de recurso extraordinário, conforme enuncia o verbete nº 513 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.³⁸⁷ A razão de ser é bastante clara: o cabimento do recurso extraordinário está condicionado, conforme dicção constitucional, à existência de “causas decididas em única ou última instância” (art. 102, III, da CF), de modo

dos seus membros, não reconhecer a alegada incompatibilidade entre a lei ou o outro ato e a Constituição.” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 41)

³⁸⁶ Assinala Barbosa Moreira que: “Dentro dos limites em que lhe caiba apreciar a prejudicial, contudo, é plena a cognição do tribunal, quer no exame da admissibilidade da arguição, que não fica precluso, quer, *de meritis*, no exame da constitucionalidade. Não está o plenário (ou o órgão especial) adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o outro ato e a determinada regra (ou as determinadas regras) da Constituição, com que o arguente afirma existir conflito. A arguição pode ter-se fundado na alegada incompatibilidade entre a lei ou ato e a regra x, e o tribunal declarar inconstitucional uma ou outro por incompatível com a regra y. Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta *causa petendi*, até porque a arguição não constitui ‘pedido’ em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva.” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 47)

³⁸⁷ Nesse sentido, decidiu o STF que: “O acórdão proferido pelo colegiado maior dos tribunais em sede de arguição de inconstitucionalidade é irrecorrível. O recurso extraordinário deve ser interposto contra o acórdão proferido pelo órgão fracionário, o qual completa o julgamento do feito, nos termos da Súmula 513/STF” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário nº 528.869 AgR/SP*. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 16/12/2014, DJe 24/02/2015).

que esse requisito somente estará atendido quando proferido o julgamento de mérito pelo órgão fracionário, decidindo a causa e pondo fim à instância. Nessa linha: “resolver prejudicial não é, ainda, *decidir a causa*”.³⁸⁸ O órgão fracionário está, reitere-se, vinculado à decisão do plenário ou órgão especial, de modo que a decisão da questão prejudicial passa a necessariamente integrar a decisão que julgará o mérito da causa.³⁸⁹ Nesse sentido, notadamente quando dispensada a remessa do incidente de inconstitucionalidade com base em precedente do órgão especial do mesmo tribunal, deverá a parte recorrente tomar o cuidado de juntar nos autos o inteiro teor desse acórdão que formou o *leading case*, sob pena de não conhecimento do recurso extraordinário.³⁹⁰

Mantendo-se os contornos históricos do modelo sob o regime constitucional de 1988, a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso seguiu tendo efeitos limitados às partes litigantes (efeitos *inter partes*). Com relação ao efeito temporal, a decisão é retroativa, reconhecendo a nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional (efeito *ex tunc*) e, com isso, afastando a sua incidência no caso concreto, nulificando atos praticados ou relações estabelecidas com base na norma inconstitucional e buscando-se, assim, restaurar o *status quo ante*. A norma, contudo, segue vigorando e sendo aplicável em outras relações, a menos que os respectivos interessados também busquem a tutela jurisdicional.³⁹¹

Essa limitação dos efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade também atingia as decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional pela via difusa, de modo que o entendimento da Corte não tinha o condão de compelir a sua

³⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 49, nota de rodapé nº 29.

³⁸⁹ Destaca Barbosa Moreira que: “A decisão do plenário (ou do ‘órgão especial’), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 48). Nesse mesmo sentido: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 77-79. Para além disso, defende José Levi Mello do Amaral Júnior a vinculação de todos os órgãos fracionários do tribunal (*op. cit.*, p. 79).

³⁹⁰ Nesse sentido, decidiu o STF que: “A jurisprudência desta Corte entende necessária a juntada do inteiro teor do acórdão em que examinada, pelo plenário ou órgão especial do Tribunal de origem, a constitucionalidade da lei impugnada via recurso extraordinário. Na espécie, ausente a cópia do incidente de inconstitucionalidade no qual o Pleno do Tribunal a quo analisou a Lei Estadual 1.196/2003” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Agravo de Instrumento nº 745.326 AgR/RO*. Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 17/12/2013, DJe 11/02/2014). No mesmo sentido: “Concluindo o órgão julgador, na esteira de pronunciamento em incidente de inconstitucionalidade, pelo conflito da norma com a Constituição Federal, necessária é a juntada da decisão do Plenário ou do órgão especial formalizada quando da apreciação do incidente, isso em face à competência prevista no artigo 97 da Lei Maior da República” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário nº 238.790 AgR/SP*. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 08/02/2011, DJe 15/03/2011).

³⁹¹ Conforme destacado por Clèmerson Merlin Clève: “No direito brasileiro, portanto, assim como no americano, da declaração incidental de inconstitucionalidade decorre, para o caso, a nulidade do ato e, por isso, a decisão judicial fulmina a relação jurídica fundada no ato viciado desde o seu nascimento, continuando, todavia, a lei a vigorar e a produzir efeitos em relação a outras situações, a menos que, do mesmo modo, haja a provocação da tutela judicial pelos interessados.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 113)

observância pelos juízes e tribunais inferiores. Assim, buscando contornar essa limitação e seguindo a tradição inaugurada pela Constituição de 1934, o art. 52, inciso X, da atual Constituição de 1988 previu a competência privativa do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Este dispositivo, conforme se viu, tem o claro objetivo de conceder eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso (uma vez que os efeitos da decisão são apenas *inter partes* ou *intrapartes*).³⁹²

2.4.4. O controle jurisdicional concentrado na Constituição de 1988

Diferentemente do modelo difuso, que manteve praticamente *in totum* as suas características quase centenárias quando da promulgação de Constituição em 5 de outubro de 1988, o controle jurisdicional concentrado, por sua vez, passou por alterações que o impactaram profundamente em relação ao modelo inaugurado pela Emenda Constitucional nº 16/1965. Com efeito, a Constituição de 1988 cuidou de ampliar substancialmente o controle concentrado. De acordo com o escólio de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO:

A Constituição de 1988 ampliou a jurisdição constitucional, ampliando a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade: a Constituição legitimou, no art. 103, I a IX, um leque de autoridades, órgãos e até entidades privadas para a ação direta de inconstitucionalidade. E mais: criou a Constituição a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (art. 102, parág. único).

Na criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inspirou-se o constituinte brasileiro na Constituição portuguesa de 1976.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição depende de normatização infraconstitucional, vale dizer, deverá ser regulamentada pelo legislador ordinário, o que ainda não aconteceu.³⁹³

³⁹² Mais uma vez na senda da lição de Clémerson Merlin Clève: “Pretendeu Lúcio Bittencourt que os juízes e tribunais estão obrigados a respeitar as decisões prolatadas pelos tribunais superiores, declaratórias de inconstitucionalidade. No mesmo sentido pronunciou-se Castro Nunes. É claro que, em face da regra *stare decisis*, nos Estados Unidos os tribunais devem seguir os seus próprios precedentes, assim como aqueles das Cortes superiores, especialmente da Suprema Corte. Declarada a inconstitucionalidade de uma lei, *incidenter tantum*, pela Suprema Corte americana, ainda que formalmente a lei inconstitucional permaneça em vigor, integrando o corpo legislativo do país, praticamente ela se transforma em uma normativa morta, despida de eficácia jurídica. No Brasil, porém, a tese da obrigatoriedade da decisão definitiva de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, na hipótese da fiscalização incidental, ‘não vingou por não encontrar apoio no nosso costume constitucional, na falta de texto expresso a respeito. Por outro lado, no direito nacional inexistia a força do precedente como no direito anglo-americano’. Certamente, para contornar a inviabilidade do efeito vinculante nas decisões de inconstitucionalidade pronunciadas, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, o Constituinte de 1934 (art. 91, IV, da Constituição) outorgou ao Senado competência para, suspendendo a execução do ato normativo, conferir efeito *erga omnes* à decisão definitiva da Excelsa Corte.” (CLÈVE, *op. cit.*, pp. 113-115)

³⁹³ VELLOSO, *op. cit.*, p. 18.

Assim, em primeiro lugar, a antiga “representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”, prevista na Constituição de 1967/1969, passou a ser designada “ação direta de inconstitucionalidade”, prevista no art. 102, I, “a”, do novo Texto Magno, tendo por objeto as leis e atos normativos federais e estaduais.³⁹⁴ Além da denominação, a nova Constituição cuidou de ampliar substancialmente a legitimidade ativa para sua propositura. Desse modo, abandonando o monopólio da legitimidade privativa pelo Procurador-Geral da República do regime constitucional anterior, o art. 103 da Lei Fundamental de 1988 ampliou substancialmente a listagem de legitimados para a propositura da ação direta, prevendo autoridades, órgãos e inclusive entidades privadas, adotando um “modelo de amplíssima legitimação”.³⁹⁵ Constam como legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade: i) o Presidente da República (ou o Vice-Presidente no exercício da Presidência); ii) a Mesa do Senado Federal; iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; iv) a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; vi) o Procurador-Geral da República; vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; viii) o partido político com representação no Congresso Nacional; e, por fim, ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Cumprе consignar que o rol previsto no art. 103 da Constituição é tido como taxativo pelo Supremo Tribunal Federal.³⁹⁶ Sem prejuízo, como bem observado por GILMAR FERREIRA MENDES, a inserção de entidades sociais e partidos políticos acabou por tornar imprecisa a quantidade de legitimados ativos, estimando-se que mais de 100 (cem) órgãos sejam admitidos pelo sistema para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Ainda, a previsão de legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos, às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional acabou por franquear a via do controle concentrado aos mais diversos segmentos da sociedade.³⁹⁷

³⁹⁴ CF/1988: “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;” (redação original).

³⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176.

³⁹⁶ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.875 AgR/DF*, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20.06.2001, DJe 12.12.2008.

³⁹⁷ Segundo Gilmar Ferreira Mendes: “A outorga do direito de propositura a diferentes organizações sociais e partidos políticos não permite precisar o número exato de entes e órgãos autorizados a instaurar o controle abstrato. Segundo estimativas idôneas, pode-se afirmar que o novo sistema reconhece a legitimidade de mais de cem entes ou órgãos para instauração do controle abstrato de normas.”

‘É de observar, ainda, que, através da outorga do direito de propositura a diferentes grupos sociais, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, confederações sindicais e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, instituiu-se a possibilidade de que qualquer segmento social submeta questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal.’

‘Uma orientação menos criteriosa poderia imprimir ao sistema ins-tituído pela Constituição de 1988 quase a amplitude de uma ação popular de inconstitucionalidade.’ (MENDES, *op. cit.*, 2014, p. 176)

Diante desse panorama que prometia abarrotar a Suprema Corte de novas demandas, inviabilizando o exercício de suas funções, cuidou-se de adotar entendimento jurisprudencial restritivo sobre a abrangência da legitimidade ativa em relação a alguns dos legitimados, almejando-se, com isso, conter o número de ações de controle concentrado que chegariam ao Tribunal e que demandariam o exame do mérito. Assim é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que parte dos legitimados deveria comprovar a pertinência temática entre o objeto da ação e as suas finalidades institucionais, criando-se uma espécie de obrigatoriedade de demonstração do interesse de agir. Ainda assim, a participação de entidades de classe e de organizações sindicais na deflagração do controle concentrado é notável, seja pelo quantitativo de ações propostas, seja pelo quantitativo de entidades requerentes. Na senda do estudo de GILMAR MENDES:

Assim, o debate sobre o direito de propositura das entidades de classe, no âmbito do controle abstrato, não se deve situar no plano de uma interpretação mais ou menos restritiva sobre a conceituação legal e jurisprudencial dessas organizações. Deve-se indagar, isto sim, se o modelo concebido pelo constituinte de 1988 há de ser preservado ou se seria oportuno cogitar da própria reformulação desse modelo de ampla legitimação, com a supressão do direito de propor ação direta por parte dessas entidades.

Se considerarmos que somente as confederações sindicais e entidades de classe propuseram, até janeiro de 2013, 1.235 ações diretas de inconstitucionalidade e que o julgamento dessas ações resultou no reconhecimento da legitimidade de mais de cento e vinte e quatro confederações sindicais ou entidades de classe, as mais das vezes, após intensa discussão sobre a sua caracterização como entidade de classe, teremos de constatar que, em vez de contribuir para maior efetividade do controle abstrato, o exercício do direito de propositura da ação direta por esses entes tem servido para tumultuar ainda mais a já problemática situação do Supremo Tribunal Federal no que concerne à sobrecarga de trabalhos estatísticos.³⁹⁸

A par disso, conforme visto, foram ampliados os mecanismos de controle concentrado. O texto original da Constituição previu três instrumentos de controle abstrato: a ação direta de inconstitucionalidade “genérica” (art. 102, I, “a”, da CF/88), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (então parágrafo único do art. 102 da CF/88). Além desses, estipulou o texto original, ainda, a representação interventiva – também comumente denominada de ação direta de inconstitucionalidade interventiva –, em âmbito federal (art. 36, III, da CF/88) e estadual (art. 35, IV, da CF/88). Neste caso, contudo, a despeito de instrumento de controle concentrado, a representação para fins de intervenção não consiste, propriamente, em controle abstrato, tendo em vista a existência de um caso concreto ou conflito subjacente. Consigne-se,

³⁹⁸ MENDES, *op. cit.*, 2014, p. 197.

además, que a representação interventiva (ou ação direta interventiva) encontra-se disciplinada nos arts. 19 a 22 da Lei Federal nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

Pouco tempo depois, a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade (passando a constar do art. 102, I, “a”, da CF/88). A ação surgiu por interesse do Governo Federal, que buscava instrumentos para pacificação mais célere e contundente de conflitos envolvendo interesses federais. Isso é particularmente relevante em questões envolvendo matéria tributária ou políticas econômicas. Com isso, tornava-se necessário ao Governo Federal criar um instrumento processual que outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a competência de decidir sobre a constitucionalidade dessas leis federais dos planos econômicos de forma ágil, dotando-se a decisão de efeitos capazes de impor a sua observância aos demais juízes e tribunais, de modo a viabilizar uma uniformidade no entendimento da matéria e na aplicação dessas leis federais.³⁹⁹

Em razão disso – e rechaçando o retorno da advocatória –, o Constituinte Reformador decidiu pela criação da citada ação declaratória de constitucionalidade. Justamente em virtude das causas de sua criação, essa nova ação de controle abstrato e concentrado teve por objeto apenas as leis ou atos normativos federais (diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, que, além das leis e atos normativos federais, também pode versar sobre leis ou atos normativos estaduais). Ainda, também em razão das causas de sua origem, a ação declaratória de constitucionalidade contou, originalmente, com um rol de legitimados mais restrito. Assim, o § 4º do art. 103 da Constituição Federal previu que a propositura da ação seria atribuída apenas às seguintes autoridades ou órgãos federais: i) Presidente da República, ii) Mesa do Senado Federal, iii) Mesa da Câmara dos Deputados, ou iii) Procurador-Geral da República. Veja-se, destarte, que a ação declaratória de constitucionalidade foi franqueada às autoridades ou órgãos federais como instrumento processual voltado a obter a declaração de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, sendo, logo, um mecanismo criado para atender aos interesses do Governo Federal.

Para que esse novo instrumento de controle concentrado e abstrato atingisse a sua finalidade imaginada, revelava-se premente que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal efetivamente colocasse termo aos debates em torno da validade constitucional da lei ou ato normativo federal, impondo-se, assim, aos demais juízes e tribunais. Dessa forma, era necessário ir além do mero efeito *erga omnes* de que era dotada a ação direta de inconstitucionalidade. Para tanto, a citada Emenda Constitucional nº 3/1993 cuidou de inserir

³⁹⁹ Sobre o tema, ver: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. XIX-XXVI.

o § 2º no art. 102 da Constituição Federal, que passaria a prever que as decisões de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade produziriam, além da eficácia contra todos (*erga omnes*), também efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.⁴⁰⁰

Por outra, o texto acrescido atribui à decisão tomada eficácia para todos, o que não surpreende. O que chama atenção – e é sinal dos tempos – está na previsão do efeito vinculante dessas decisões, quer para os demais órgãos do Judiciário, quer para os do Executivo. Decorre da própria lógica de uma decisão com eficácia *erga omnes* – para nem se dizer que se trata de uma decisão da mais alta Corte do país – que todos os tribunais e órgãos da Administração estão adstritos a observá-la. Sentir a necessidade de inscrever tal determinação na Lei Magna traduz uma triste perda de autoridade.⁴⁰¹

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade ganharia um importante reforço com a edição da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que viria a disciplinar o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

Pouco tempo depois, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ganharia vida com a promulgação da Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que finalmente traria os seus necessários contornos jurídicos, viabilizando o seu manejo após mais de 10 (dez) anos de sua previsão no texto original da Constituição. Até então, o uso dessa ação permanecia impedido pela ausência de sua disciplina, tornando o texto de sua previsão letra dormente. A disciplina legal da ação constitucional buscou preencher algumas lacunas verificadas no controle concentrado de constitucionalidade.

Esse conjunto de medidas adotadas levou a uma concentração do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, cabe assinalar que CLÊMERTON MERLIN CLÈVE reconheceu a tendência à concentração do controle de constitucionalidade que, sob determinada perspectiva, acabou por sobrepujar o próprio controle difuso incidental nos moldes tradicionais (cujas decisões são desprovidas de efeitos gerais e vinculantes). Nas palavras do autor:

O elastecimento do âmbito material da ADI veio acompanhado da ampliação do rol de legitimados ativos. Apesar de serem pontos positivos, é verdade que o incremento do controle abstrato principal pode significar a compressão do controle difuso incidental. A Constituição de 1988, ao trazer, ao lado da ADI, a ADPF, e a criação da ADC, por meio da Emenda Constitucional nº 3, continua essa tendência. O processo de concentração avança ainda mais com a Emenda Constitucional nº 45, que institui a súmula vinculante e traz nova normatividade para o Recurso Extraordinário (a repercussão geral). Tais inovações demonstram a verticalização dos órgãos

⁴⁰⁰ CF/1988: “Art. 102. (...) § 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.”

⁴⁰¹ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, pp. 10-11.

jurisdicionais no exercício da jurisdição constitucional, caracterizando o sistema brasileiro pela tendencial concentração. Enquanto se comprime o controle difuso incidental, amplia-se o controle abstrato principal.⁴⁰²

Destaque-se, ainda, as lições de GILMAR FERREIRA MENDES, que assenta o fortalecimento do controle concentrado sob a Constituição Federal de 1988 notadamente em razão da ampliação da listagem de legitimados ativos para propositura das ações de controle concentrado. Pontua, assim, que:

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.⁴⁰³

Com consequência dessa reformulação do controle concentrado sob a Constituição de 1988, a consequência, segue afirmando GILMAR FERREIRA MENDES, foi a predominância do modelo de matriz europeia, provocando, assim, a redução do significado ou importância do modelo difuso. Em suas palavras:

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

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 (art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.⁴⁰⁴

Com efeito, na linha da exposição de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, o controle difuso possui uma série de questões que o levam a ser alvo de contundentes críticas. Conforme destaca:

⁴⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* - A&C, ano 14, n. 40, pp. 99-116, abr./jun. 2010, p. 101. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/78/566>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

⁴⁰⁴ MENDES, *op. cit.*, 2014, p. 114.

Assim, contra o modelo difuso, apontam-se: a desarmonia dos julgados com a consequente desvalorização das decisões jurisdicionais de declaração de inconstitucionalidade; a diluição do poder de controle pelas centenas de juízes e tribunais, com o risco do não acatamento das decisões pelos órgãos públicos, legislativos e administrativos; o descrédito popular diante de decisões díspares; a multiplicação das demandas e o consequente ônus para os cidadãos, etc.⁴⁰⁵

De outro lado, o controle concentrado teria o benefício trazer “certeza do direito, a economia processual, o aprofundamento do exame das questões de inconstitucionalidade, a maior autoridade do órgão fiscalizador; (...)”.⁴⁰⁶ Essa predominância e precedência do controle concentrado restou expressamente prevista no julgamento da medida cautela na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18/DF, ocorrida em agosto do ano de 2008, em que o Supremo Tribunal Federal assentou, expressamente: “O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário”.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34, pp. 27-44, dez./1990, pp. 30-31.

⁴⁰⁶ FERRAZ, idem, p. 31.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18-MC/DF*. Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 13/08/2008, DJe 23/10/2008.

CAPÍTULO III – O REDIMENSIONAMENTO DO CONTROLE DIFUSO: FORTALECIMENTO E EXPANSÃO RECENTES DO MODELO DIFUSO NO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme visto até o presente momento, o modelo de controle difuso adotado pelo regime republicano consistiu no único sistema de sindicância da constitucionalidade legislação por décadas. O modelo remanesceu essencialmente o mesmo ao longo de toda a sua história no Direito brasileiro, ainda que tenha sofrido pontuais modificações na tentativa de correção de imperfeições e insuficiências.

Um arremedo de controle concentrado foi apresentado pela Constituição de 1934, por meio da “representação interventiva”, sem, contudo, que se tivesse instaurado verdadeiramente um controle abstrato de normas. Entretanto, foi somente com o advento da Emenda Constitucional nº 16/1965 – sob a vigência da Constituição de 1946 – que foi trazido ao Direito brasileiro o modelo concentrado de matriz austríaca para ser utilizado em paralelo ao modelo difuso. Para tanto, criou-se a ação denominada “representação contra inconstitucionalidade”, que tinha por objeto o controle de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, sendo da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Caberá perscrutar, então, as razões pelas quais decidiu o Constituinte Reformador pela inserção do modelo concentrado no sistema brasileiro, verificando em que medida essa inovação buscava superar dificuldades do já tradicional modelo difuso.

No atual panorama constitucional do Brasil, a Constituição da República de 1988 manteve o sistema de controle jurisdicional dual (ou misto), estabelecendo a existência concomitante dos modelos difuso e concentrado. Contudo, certas medidas adotadas pelo Constituinte de 1987-1988 promoveram forte ascensão do controle concentrado de constitucionalidade, que restou expandido e fortalecido, ganhando proeminência em relação ao modelo difuso. Cumpre, então, analisar essas alterações e compreender o seu impacto para o protagonismo assumido pelo modelo concentrado frente ao modelo difuso, bem como as falhas e limitações enfrentadas pelo controle difuso que o impediam de fazer frente ao concentrado.

Tendo-se chegado ao presente estágio de desenvolvimento do trabalho, em que se pretende atingir o desenlace da questão que norteia a pesquisa, cumpre, por relevante, esclarecer o exato sentido em que se empregam as terminologias “modelo difuso” e “controle difuso”. Essa questão é particularmente relevante para a compreensão da defesa que aqui se propõe do fortalecimento desse modelo a partir de transformações recentes na disciplina jurídica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Com efeito, não se descuidar que a noção de “controle difuso” tem conexão direta com o critério subjetivo (ou orgânico) de classificação dos modelos de controle de constitucionalidade, estando ligado ao sujeito que exerce o controle. Nesse sentido mais estrito, o controle difuso opõe-se ao concentrado em relação à quantidade de órgãos incumbidos da tarefa de fiscalizar a constitucionalidade das leis e demais atos do poder público. Todavia, não é nesse sentido que propõe o debate sobre as transformações do sistema brasileiro.

Conforme exposto ao longo do trabalho, a noção mais ampla de “modelo difuso” ou “controle difuso” é empregada para designar todo um conjunto de características que identificam um determinado modelo de controle de constitucionalidade. Nesse sentido amplo, tratar de “controle difuso” remete ao modelo do *judicial review* nascido nos Estados Unidos e a todas as características a ele inerentes, abordagem plenamente compatível com o Direito brasileiro, que importou o modelo americano, com as diversas características que o identificam – conquanto, é verdade, não tenha internalizado, como visto, as tradições que informavam o modelo.

Assim sendo, tratar de “controle difuso”, no direito constitucional brasileiro, importa em referir a um modelo de controle de constitucionalidade pautado, conforme visto: i) pela necessidade de um caso concreto, consistente em litígio ou controvérsia submetido ao Judiciário; ii) pela inércia da jurisdição, exigindo-se a provocação do interessado; iii) a instauração de processo judicial de qualquer natureza; (cível, criminal, trabalhista, eleitoral etc.) iv) que a questão de (in)constitucionalidade seja prejudicial à causa, jamais se confundindo com o mérito; v) a decisão judicial deve se ater ao caso concreto, decidindo o mérito, sendo a questão de inconstitucionalidade tratada de forma meramente incidental, apenas como fundamento da decisão e não o seu dispositivo; vi) a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato gera o afastamento de sua incidência no caso, em razão do reconhecimento da sua invalidade, não tendo o condão, contudo, de anulação; e vii) que os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade atingem apenas as partes litigantes, de modo que outros conflitos semelhantes que vierem a surgir sobre a mesma questão demandariam o ajuizamento de novas ações para cada um.

Nesse sentido, “controle difuso”, no sistema jurídico pátrio – e diferentemente de outros sistemas estrangeiros –, é sinônimo de “controle concreto”, de “controle incidental” ou de “controle por via de exceção ou defesa”. Referir-se, portanto, ao fortalecimento do “controle difuso” ou “modelo difuso” significa, para os fins desta investigação, enunciar o robustecimento ou revigoração desse modelo de matriz americana, indicando-se que este passa a contar com novos instrumentos ou nova configuração que lhe permitiram resolver problemas históricos e

tornaram-no mais consistente e eficaz na missão que qualquer modelo de controle de constitucionalidade tem: a defesa da Constituição e – hodiernamente – do bloco de constitucionalidade.

Esse alerta inicial é particularmente relevante porque a ideia aqui defendida, sem esse esmero na aplicação dos termos, pode conduzir, de forma justificada, ao equívoco da percepção da existência de contradição insuperável. Isso porque, conforme se exporá, as novidades trazidas no modelo difuso não tiveram o efeito, necessariamente, de ampliar os poderes de juízes e tribunais no exercício do controle de constitucionalidade. Preponderantemente, os novos institutos vieram com o intuito de ampliar a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, gerando, por consequência, uma sensível redução no que se poderia acoimar de liberdade interpretativa dos demais juízes e tribunais. Logo, seria natural cogitar que, ao contrário do que propõe o presente trabalho, houve uma concentração do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade em razão dessa amplificação dos poderes da Suprema Corte.

Essa visão, apesar de não se afastar de uma percepção realista das consequências práticas das alterações promovidas no modelo difuso, não deve prevalecer no campo do exame analítico da ciência jurídica, porque se descuida das características que informam os modelos difuso e concentrado. Trata-se de uma percepção, ousa-se assinalar, mais apegada à ciência política ou à distribuição e balanço das relações de poder dentro da estrutura do Poder Judiciário. O sentido de “concentração”, nesse contexto, não pode ser confundido com o significado de “concentrado” para efeitos de caracterização do modelo de controle de constitucionalidade. Tenha-se, por exemplo, que o simples fato de haver concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal com a ampliação dos efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário não significa, de modo algum, estar-se diante do modelo de controle concentrado, porque o recurso extraordinário é, por definição, instrumento de controle difuso, concreto e incidental. Do mesmo modo, também o mandado de injunção não é ação de controle concentrado, não sendo destinado ao controle abstrato (ou em tese) das omissões inconstitucionais. Atente-se, ainda, que a Súmula Vinculante sequer é instrumento voltado ao controle de constitucionalidade, sendo, como se verá, mecanismo de organização e exposição dos entendimentos jurisprudenciais dominantes do Supremo Tribunal Federal.

Atente-se, ademais, que o fortalecimento e o protagonismo do papel desempenhado pela Suprema Corte no modelo difuso também não são elementos incompatíveis com esse sistema. Conforme visto ao longo deste trabalho, os modelos difuso e concentrado são projetados com o intento de salvaguardar a respectiva constituição e, para tanto, demandam a

existência de um órgão de cúpula (modelo difuso) ou de um tribunal apartado da estrutura judiciária (modelo concentrado) dotados de competência e poder para fazer prevalecer a lei magna em sua unidade, garantindo estabilidade, previsibilidade e igualdade de tratamento aos jurisdicionados. É impensável cogitar do *judicial review* americano sem a Suprema Corte americana, que possui inegável protagonismo na estrutura judicial daquele país e, por conseguinte, no exercício da jurisdição constitucional. Ainda assim, esse papel central e fortalecido da Suprema Corte americana, cujas decisões são dotadas de efeitos vinculantes pela doutrina do *stare decisis*, jamais permitiria alegar que o modelo americano de controle de constitucionalidade seria do tipo concentrado.

Do mesmo modo, os mecanismos de fortalecimento do controle difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para fins de ampliação dos efeitos de suas decisões, não podem ser considerados como forma de “controle concentrado”, sob pena de criar confusão inescusável acerca do que se entende por controle difuso de constitucionalidade e dos critérios jurídicos para sua identificação, abandonando, assim, uma análise sob prisma estrito da ciência jurídica.

Estabelecidas essas imprescindíveis premissas, cabe rememorar que a importação do modelo do *judicial review* americano para a construção do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro revelou-se problemática desde o seu início. Dentre outras causas, destaca-se tratar-se de modelo desenhado sob as premissas do sistema da *common law*, mas que foi introduzido no ordenamento pátrio, sem maiores temperamentos, em um sistema jurídico que adota a fórmula da *civil law*. Consequentemente, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade às partes litigantes (efeitos *inter partes*) e sem mecanismos de vinculação, à semelhança da doutrina do *stare decisis*, contribuíram para a consolidação de um sistema de baixa coerência e pouca segurança aos jurisdicionados. Tornou-se, então, premente buscar soluções para essa questão.

Sobre as dificuldades do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, convém consignar as seguintes observações de OSCAR VILHENA VIEIRA no período que antecedeu a Reforma do Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional nº 45/2004:

O hibridismo de nossa jurisdição constitucional lhe dá um alto grau de complexidade, sofisticação e originalidade, na medida em que autoriza a todo e qualquer magistrado exercer, num caso concreto, o juízo de censura àqueles que violarem a Constituição, ao mesmo tempo em que permite a um largo leque de autoridades, partidos políticos e entidades da sociedade civil buscar, junto a um órgão especial, o controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Há, porém, problemas decorrentes dessa conjugação, pois não contando o sistema jurídico brasileiro com o princípio do *stare decisis*, existente no mundo do *common law*, fica muito vulnerabilizada a autoridade dos tribunais superiores, especialmente a do Supremo Tribunal Federal. Ao declarar a constitucionalidade de uma lei, numa ação direta de inconstitucionalidade, ou num recurso extraordinário, o Supremo

Tribunal Federal não conta com a fidelidade dos demais órgãos do Judiciário, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos. O que leva o Supremo Tribunal Federal a uma sobrecarga de demanda recursal. Agregue-se a isso o fato de que no atual sistema as condições de admissibilidade de um recurso são objetivas. Desta forma, todos aqueles recursos que preencherem os requisitos legais deverão ser apreciados independentemente de sua relevância.⁴⁰⁸

Com efeito, constatou-se a necessidade de atribuir eficácia expansiva às decisões proferidas nesse modelo difuso, conferindo, com isso, efeitos gerais e vinculantes que, tradicionalmente, são próprios do controle concentrado. Assim, algumas alterações recentes no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade tiveram por finalidade corrigir a insuficiência do modelo difuso brasileiro que, ao produzir efeitos *inter partes* e não vinculantes, acarreta insegurança jurídica e traduz uma ineficiência do sistema.

A jurisdição constitucional, paulatinamente, ampliou os mecanismos de controle concentrado sem abandonar o difuso. A própria Constituição Federal de 1988, de fato, fortaleceu o controle concentrado de constitucionalidade com a ampliação de seus instrumentos. Nesse contexto, o modelo difuso pareceu perder cada vez mais espaço no estudo da jurisdição constitucional brasileira, sendo relegado a um segundo plano.

Entretanto, essa preferência e proeminência pelo controle difuso parece ter encontrado, em algum momento, um ponto de inflexão. Cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal já parece atribuir ao controle difuso igual relevância ao controle concentrado, reconhecendo a possibilidade de que os julgamentos de recursos extraordinários se deem mesmo quando ainda pendentes ações diretas sobre o mesmo objeto. Mais do que isso, o julgamento de recurso extraordinário passou a ter o condão de até mesmo tornar prejudicadas ações diretas que versem sobre o mesmo assunto. Veja-se como exemplo disso o julgamento, em 15/03/2017, do Recurso Extraordinário nº 574.706, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se reconheceu preferência ao controle difuso em relação ao julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18.⁴⁰⁹ A decisão em recurso extraordinário, tradicionalmente de efeitos limitado às partes (*inter partes*), tornou prejudicado o julgado de uma ação de controle concentrado, cujos efeitos são, como é consabido, contra todos (*erga omnes*) e vinculante.

⁴⁰⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros editores, 2002, p. 218.

⁴⁰⁹ Assentou o Ministro Celso de Mello, relator da ADC nº 18/DF, em decisão monocrática que: “O julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, de controvérsia constitucional deduzida em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida configura hipótese de prejudicialidade apta a impedir a apreciação do mesmo litígio jurídico objeto de controle normativo abstrato instaurado no âmbito de processos de perfil objetivo, como, p. ex., as ações declaratórias de constitucionalidade e as ações diretas de inconstitucionalidade, entre outras. Precedentes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18/DF, Relator: Ministro Celso de Mello,)

O próprio fortalecimento dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente na Constituição de 1988, influenciou a expansão dos efeitos dos efeitos das decisões judiciais em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que se consolidou especialmente com a entrada em vigor da EC 45/2004, a partir do que se passa a reconhecer a consolidação da abstrativização ou objetivização do controle difuso.

Com efeito, cumpre observar que ocorreram significativas mudanças na disciplina normativa do modelo difuso de fiscalização de constitucionalidade com o advento da Reforma do Judiciário realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, notadamente a criação dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, posteriormente regulamentados pelas Leis nº 11.417/2006 e 11.418/2006. Essa significância não decorre da amplitude das alterações, mas sim em uma transformação substancial, com a criação de institutos que remodelaram as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Nessa linha, ressalte-se o relevante papel desempenhado pelo instituto da repercussão geral para filtrar as matérias que chegam ao Supremo Tribunal Federal. A partir do seu julgamento, são fixadas teses a serem seguidas pelos demais tribunais em casos semelhantes. De outro lado, os enunciados de súmula vinculante, que devem expressar o entendimento jurisprudencial sedimentado na Suprema Corte em matéria constitucional, vinculam todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, viabilizando o manejo de reclamação quando do seu descumprimento.

Assim, abandonando a mera perspectiva competencial, em que a análise estaria voltada à limitação imposta a juízes e tribunais diante de decisões sem efeitos gerais e vinculantes, emprega-se a noção de modelo ou controle difuso de forma mais ampla, abordando-o de forma ampla, enquanto sistema estruturado e voltado à defesa da Constituição. Sob esse vértice, cabe destacar que, com os novos contornos de objetivização trazidos pelas recentes alterações, com destaque para a Emenda Constitucional nº 45/2004, o modelo se fortalece com a expansão dos efeitos de suas decisões. É o que se passa a expor.

3.1. RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DIFUSO MESMO APÓS A CONSOLIDAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO: UTILIDADE E RELEVÂNCIA PARA O SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

O estudo do sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade indica, conforme visto, a adoção de um sistema dual – também denominado eclético, híbrido ou misto,

como preferem alguns⁴¹⁰ – congregando o vetusto modelo difuso, implantado com a República, com o mais recente modelo concentrado, introduzido de forma mais consistente com a Emenda Constitucional nº 16/1965. Cada qual desses modelos possui características e procedimentos próprios que os afastam substancialmente.

Um dos aspectos mais relevantes dessa distinção, na Ordem Jurídica brasileira, consiste, tradicionalmente, na distinção dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: o controle concentrado produz efeitos *erga omnes* e vinculantes, enquanto o controle difuso produz efeitos apenas *inter partes*, limitando-se aos litigantes que fizeram parte da relação processual. Além disso, no controle concentrado, a decisão de inconstitucionalidade tem o condão anular a lei inconstitucional, tendo o efeito de expurgá-la do ordenamento, ao passo que, no controle difuso, ocorre o mero afastamento da incidência da norma tachada de inconstitucional, que, entretanto, segue em vigor e aplicável às demais situações concretas. Agregue-se a isso a ampliação da legitimidade ativa para propositura das ações diretas e, naturalmente, tem-se que o controle concentrado converteu-se no modelo mais efetivo de fiscalização da constitucionalidade de normas, passando a gozar de proeminência e precedência no sistema jurídico brasileiro.

Essa consolidação do modelo concentrado poderia suscitar dúvidas sobre a utilidade e relevância do uso ou da própria manutenção da existência do controle judicial difuso, historicamente menos eficiente e efetivo em termos de sistema. Com efeito, reitera-se que esse foi o primeiro modelo de controle de constitucionalidade adotado pela ordem jurídica brasileira logo com a Proclamação da República, tendo como nítida influência o sistema de *judicial review* nos Estados Unidos. Há que se destacar, todavia, a fulcral diferença entre o modelo americano, dentro do contexto do *common law*, e aquele internalizado no Direito brasileiro, derivado do *civil law*: a ausência de mecanismos de vinculação de precedentes (o *stare decisis* americano), o que limitava as decisões da Suprema Corte brasileira apenas ao caso e tornava os seus precedentes meras orientações ou “conselhos” aos demais juízes e tribunais.

É cediço que, na fórmula do *stare decisis*, a decisão judicial de um tribunal superior passa a ter caráter vinculante aos demais órgãos judiciários, de modo que passa a produzir efeitos gerais, transcendendo o caso concreto e as partes envolvidas. Nesse sistema, o controle de constitucionalidade difuso ganha contornos de coerência e segurança. Diferentemente, no ordenamento pátrio, estruturado segundo a tradição do *civil law*, as decisões judiciais dos tribunais superiores não possuem essa mesma força vinculante, reduzindo o controle difuso a

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

um modelo de resolução de conflitos *inter partes*, sem maiores impactos no próprio sistema jurídico. Como consequência, o modelo difuso presente na jurisdição constitucional brasileira tradicionalmente admitiu que uma decisão de uma corte superior fosse ignorada pelas instâncias inferiores, que seguiram com ampla liberdade para decidir segundo a convicção do julgador.

Deveras, não se descuida que uma nova controvérsia constitucional pode receber tratamentos diversos nos diferentes juízos e tribunais. Com isso, naturalmente é de se esperar que casos semelhantes pautados por uma mesma questão constitucional possam vir a ser dirimidos de forma diferente, a depender do órgão julgador. Essa divergência inicial sobre determinada questão jurídica faz parte do cotidiano dos que atuam no campo do Direito, de modo que os debates que dela decorrem contribuem para melhor aplicação das normas jurídicas. As diferentes circunstâncias dos casos concretos e as diferentes visões dos intérpretes enriquecem a discussão e permitem uma compreensão mais ampla e aprofundada das diversas possibilidades envolvidas na aplicação da norma jurídica.

A gravidade reside no protrair da controvérsia jurídico-constitucional de forma indefinida, a despeito de um sistema judiciário pautado por uma hierarquia de fato entre os órgãos judicantes e pelo afunilamento desse poder decisório nas instâncias superiores, indicando, desde sempre, um claro intento de uniformização do entendimento jurisprudencial. Em razão disso, desprover a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de qualquer efeito para além das partes litigantes acaba por enfraquecer os princípios da segurança jurídica, da economia, da isonomia e da respeitabilidade,⁴¹¹ bem como esvazia a razão de ser do Recurso Extraordinário, que se converte em mero recurso de apelação de fundamentação vinculada.

Uma vez decidida a questão pelo Supremo Tribunal Federal, a necessidade de que cada um dos atingidos pela norma inconstitucional tenha de submeter a mesma controvérsia constitucional ao Poder Judiciário e percorrer todo o sistema recursal para, só então, obter o provimento jurisdicional esperado, só faz demonstrar a inaptidão e ineficiência de todo o sistema jurídico. Aliás, DIMITRI DIMOULIS e SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI bem reconheceram essa disfunção:

Nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema de controle difuso, as decisões de declaração de inconstitucionalidade desenvolvem, sabidamente, efeitos *inter partes*. A norma tida por inconstitucional continua vigorando, podendo ser aplicada pelas autoridades estatais e, em particular, pelos tribunais em outros casos. Esse sistema acarreta graves riscos de incerteza jurídica, permitindo, estruturalmente, discrepâncias

⁴¹¹ Trata-se do quadrinômio proposto por José Marcelo Menezes Vigliar: segurança, igualdade, economia e respeitabilidade. Ver: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003.

entre decisões. O risco de discrepância é amenizado pelo mecanismo dos precedentes jurisprudenciais vinculantes que permite concentrar o controle de constitucionalidade, ainda que de maneira indireta e a médio prazo como mostra a atividade concentradora-estabilizadora da Suprema Corte nos EUA. Mas nos ordenamentos que não admitem precedentes vinculantes o controle difuso gera particular instabilidade no sistema jurídico.⁴¹²

Diante desse cenário, tornou-se premente a necessidade de um mecanismo de controle que trouxesse mais eficiência e coerência ao sistema, de modo a ampliar os seus efeitos em prol dos princípios da segurança jurídica, economia processual e preservação do princípio da igualdade. No caso brasileiro, a solução encontrada pela Constituição de 1934 foi a de atribuir ao Senado Federal (então denominado Conselho Federal) a competência para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário e, com isso, conferir o desejado efeito *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade. Ocorre que o uso desse instituto não se consolidou para corrigir a disfunção identificada no controle difuso.

Diante da insuficiência desses mecanismos, o acolhimento do controle jurisdicional concentrado, de matriz europeia, buscou suprir essa necessidade de racionalização do sistema e de instrumentos uniformizadores da jurisprudência, de modo a compelir os órgãos judiciários a observarem as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Nessa condição, o controle concentrado e abstrato alçou à condição de protagonista no exercício da jurisdição constitucional brasileira, de modo que as próprias decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a ser dotadas de efeitos *erga omnes* e força vinculante, sem a necessidade de intervenção do Poder Legislativo.

Retoma-se, então, a questão sobre a pertinência da manutenção do controle difuso no atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro, em que um “onipotente” controle concentrado parece já bem-sucedido em atingir as finalidades pretendidas de previsibilidade, estabilidade, efetividade, economicidade e garantia de igualdade das decisões judiciais. Isto é: não seriam suficientes os instrumentos de controle concentrado trazidos pela Constituição de 1988 e reforçados pelas subsequentes reformas constitucionais e leis de regulamentação processual?

Uma primeira resposta seria de ordem jurídico-positiva. Isso porque o modelo processual de controle concentrado e abstrato brasileiro está mais para o sistema austríaco original de 1920 do que para aquele transformado pela Reforma Constitucional de 192. Igualmente, não se assemelha inteiramente ao modelo alemão instituído na Lei Fundamental de

⁴¹² DIMOULIS, Dimitri; e LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, ano 2, n. 5, pp. 217-238, jan./mar. 2008, p. 03. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/10612/19528>. Acesso em: 18 set. 2022.

Bonn de 1949. Vale dizer: o controle concentrado em *terra brasilis* não admite a instauração, em um caso concreto submetido ao Judiciário, de incidente de inconstitucionalidade a ser encaminhado diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Inexiste previsão de instrumento processual de suspensão do processo na origem e de acesso direto à Suprema Corte diante da constatação, nos juízos de primeira ou segunda instâncias, da possível inconstitucionalidade da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Como consequência dessa limitação, ter-se-ia o que ocorria no sistema austríaco em sua conformação original: a obrigatoriedade de aplicação da norma inconstitucional pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, tornando-as inúteis para a busca da tutela jurisdicional e reféns da impossibilidade de afastamento do referido comando normativo inválido. Portanto, sem a criação de mecanismos processuais que permitam suscitar o incidente de inconstitucionalidade diretamente ao Supremo Tribunal Federal, a extinção do modelo difuso de controle resultaria em trazer muito mais transtornos para a estabilidade da ordem jurídica nacional e para a preservação da Constituição e do “estado de constitucionalidade”.

Pois bem. Poder-se-ia contra-argumentar apontando que a ação denominada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em sua modalidade incidental, prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 9.882/1999, já cumpre, em alguma medida, essa função de deslocar a decisão de uma controvérsia constitucional das instâncias ordinárias diretamente para o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, descabe, em primeiro lugar, confundir essa ação constitucional de controle concentrado com a existência de um instrumento processual que levasse o incidente de inconstitucionalidade ao órgão de cúpula. Isso porque a ADPF, mesmo que de caráter incidental, consiste em verdadeira ação e não em incidente processual.

Sob outro aspecto, veja-se que a ADPF, por força do art. 2º, I, da Lei Federal nº 9.882/1999, apenas pode ser ajuizada pelos mesmos autores legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, previstos no rol restrito e taxativo contido no art. 103 da Constituição da República de 1988. Assim sendo, ainda não seria possível às partes e nem aos juízes e tribunais das instâncias ordinárias, de forma provocada ou *ex officio*, a propositura da ADPF para submeter a controvérsia constitucional ao Supremo Tribunal Federal. Estariam, assim, partes e juízo na dependência da boa-vontade do legitimado ativo.

Mesmo assim, cabe assinalar que o cabimento da ADPF incidental demandaria, nos termos da referida lei regulamentadora, a existência de relevante fundamento da controvérsia constitucional. Sobre esse requisito, entende LUÍS ROBERTO BARROSO tratar-se de uma exigência de que essa controvérsia possua repercussão geral, de modo que a sua resolução

transcenda o mero interesse das partes. Nesse sentido, o escopo principal seria o de proteção da ordem constitucional em sua dimensão objetiva, sendo o direito subjetivo concretamente disputado um objetivo secundário e pretexto para a consecução do principal. Nas palavras do referido autor:

Embora a motivação imediata de quaisquer dos legitimados possa ser a eventual tutela de uma situação específica – agindo, portanto, como um substituto processual do verdadeiro interessado –, deverá ele demonstrar ser relevante a controvérsia constitucional em discussão. Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético. Por vezes, a reparação imediata de uma injustiça individual terá uma valia simbólica decisiva para impedir novas violações. Seja como for, na arguição incidental, mesmo que estejam em jogo direitos subjetivos, haverá de estar envolvida uma situação que afete o ordenamento constitucional de maneira objetiva.⁴¹³

Além disso, o requisito da relevância cumpre o importante papel de justificativa para o excepcional deslocamento de competência das instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. Desse modo, “interpretar a ADPF de modo a transferir para o STF a competência própria das instâncias ordinárias – sem que para tanto concorra o requisito da relevância – consiste em violação direta à regra do juiz natural, prevista no art. 5º, LIII, da Constituição”.⁴¹⁴ Resta claro, portanto, que a APDF incidental não cumpriria, segundo sua atual disciplina processual, a mesma função que o incidente de inconstitucionalidade assume nos modelos puramente concentrados de controle de constitucionalidade.

Desse modo, inexistente no Direito Positivo brasileiro instrumentos processuais, à semelhança do que ocorre nos países europeus que adotaram o modelo exclusivamente concentrado, de submissão ampla e direta ao Supremo Tribunal Federal das questões de inconstitucionalidade suscitadas em processos judiciais comuns.

Isso posto, poder-se-ia indagar, ainda, sobre a conveniência de – de *lege ferenda* – adotar mecanismos que conduzissem a um modelo de controle concentrado de forma exclusiva, pondo termo ao modelo difuso. Com isso, adotar-se-ia algo semelhante ao modelo alemão, passando-se a se admitir a suspensão da tramitação do caso concreto na instância ordinária e submissão da questão constitucional diretamente à Suprema Corte, que a decidiria com eficácia erga omnes e efeito vinculante, pondo fim, de forma mais célere, à controvérsia sobre o tema. Logo, seria possível argumentar que essa criação de um incidente de inconstitucionalidade resolveria a problemática da ausência de mecanismos que permitissem ao juízo e às partes

⁴¹³ BARROSO, *op. cit.*, p. 341.

⁴¹⁴ Idem, *ibidem*.

buscar afastar a aplicação da norma inconstitucional no caso concreto, sendo mais célere e eficiente do que o atual modelo difuso. Sob essa perspectiva hipotética, as questões que remanesçam seriam: ainda faz sentido manter o controle difuso? Que benefício pode ser oferecido ao sistema jurídico brasileiro com a manutenção do controle jurisdicional difuso?

Para responder a essa indagação, tem-se, em primeiro lugar, que a atribuição difusa da competência aos juízes e tribunais ordinários para afastarem, por decisão própria, a incidência da norma inconstitucional representa um ganho de eficiência na prestação jurisdicional e proteção de direitos, tornando desprocurado provocar a manifestação (que nem sempre é) imediata do Supremo Tribunal Federal. Por não depender da prévia decisão do órgão de cúpula do Judiciário, poderia o juiz expedir tutelas antecipadas e sentenças de mérito de forma mais ágil, proporcionando à parte uma rápida medida para evitar a ocorrência de lesão ou de recomposição da lesão sofrida. Sob outra perspectiva, não seria um equívoco admitir que a remessa do incidente de inconstitucionalidade diretamente para o Supremo Tribunal Federal poria termo à questão de inconstitucionalidade de forma mais imediata, impondo-se que as instâncias ordinárias passassem a aplicar de pronto o entendimento adotado em decisão vinculante, conferindo-se, destarte, maior agilidade e segurança ao sistema. Com relação a esses pontos, todavia, embora seja notória a lentidão dos tribunais pátrios no exercício da atividade jurisdicional, não se pode obliterar que o Supremo Tribunal Federal também não é exatamente exemplo de agilidade na prestação jurisdicional.

Convém assinalar, diante dessas questões, que a eliminação do sistema de controle difuso resultaria na perda não apenas de uma tradição jurídica centenária, como também de aspectos relevantes que o modelo agrega para a aplicação das normas constitucionais. Durante o desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade pátrio, não se revelou conveniente abandonar o *judicial review*, que surgiu como a primeira garantia da força normativa da Constituição aos cidadãos brasileiros. A implantação do modelo difuso no Direito brasileiro significou reconhecer aos juízes e tribunais o dever de observar e aplicar a Constituição, reconhecendo-lhe e reforçando, desse modo, sua força normativa vinculante e sua capacidade de disciplinar ou orientar os diversos aspectos da vida em sociedade. Nesse passo, o controle de constitucionalidade seria uma extensão da função jurisdicional, que, ao aplicar o Direito ao caso concreto, também acaba tendo de solucionar eventuais conflitos entre normas, selecionando aquela que deva ser aplicada, devendo, naturalmente, prestigiar aquela de “maior força normativa”.

De fato, a análise da questão constitucional sob o prisma do caso concreto do indivíduo viabiliza uma compreensão e interpretação mais adequada da norma àquela realidade social

específica trazida à tona pelos litigantes. Sob uma perspectiva concretista, a norma jurídica não se confunde com o texto normativo. Este (o texto) é o suporte fática que dá sustento à norma, que, por seu turno, é fruto da interpretação daquele. Parte-se do texto e, por meio de processo interpretativo, atribui-se-lhe um sentido concretizado no caso concreto submetido a julgamento, chegando-se, então, à norma concreta aplicável.⁴¹⁵ Nessa linha de intelecção, o próprio caso concreto (ou seja, o problema posto a ser solucionado), bem como a sua contextualização à realidade social, revelam-se tão importantes na estruturação da norma quanto o próprio texto do qual se parte a interpretação. Nessa linha, conforme entendimento de GEORGES ABBOUD:

Destarte, pode asseverar-se que, diante de um acesso hermenêutico ao direito, não se pode mais confundir texto normativo com a norma. O texto normativo é *programa da norma*, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é *ante causum* e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo.

A norma somente existe diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício. A norma não está contida na lei. Somente após a interpretação a norma é produzida, a norma é realizada na linguagem, diante da problematização contraposta aos fatos jurídicos e à controvérsia judicial que se pretende solucionar.

Esse ponto é crucial porque a norma na visão estruturante não é algo estático em que o direito enxerga de fora a tensão entre a vida e direito. A própria realidade social é trazida como elemento formador da aplicação do direito, a norma em si.⁴¹⁶

Sob as premissas do processo interpretativo segundo o círculo hermenêutico de Gadamer, conforme assinala LÊNIO STRECK, deve-se partir do texto normativo e de sua pré-compreensão, em um necessário processo unitário de aplicação, passando-se, então, a uma apreensão de seu sentido dada a facticidade e historicidade em que se insere o intérprete, o que se traduz no que Gadamer denomina “fusão de horizontes”. Sobre o tema, LÊNIO STRECK leciona que a facticidade é apreendida no sentido de caso concreto:

⁴¹⁵ Com efeito, a teoria estruturante de Friedrich Muller foi paradigmática para a compreensão entre a diferença de texto e norma. Abboud pondera que: “Friedrich Muller, mediante sua teoria estruturante da norma, evidenciou que a prescrição juspositiva é apenas o ponto de partida na estruturação da norma, visto que a prescrição literal serve, em regra, para a elaboração do programa da norma. (...) Na realidade, convém ressaltar que o texto da norma não é a própria norma jurídica, não é elemento conceitual da norma jurídica, mas configura o dado de entrada (*in put*) mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente no processo de concretização da norma” (ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2ª Edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 197).

Por sua vez, Lênio Streck analisa: “(...) Desde Friedrich Muller, temos que o texto da lei não é mesma coisa que a norma que se atribui a esse texto (lei). Muller, por exemplo, supera o positivismo clássico a o mostrar que lei e Direito não são a mesma coisa. Consequentemente, lei e sentido que se dá à lei igualmente são coisas distintas. Ou seja, no positivismo clássico, texto e norma eram a mesma coisa. A norma (sentido) já estava contida no texto). (...) Com Muller (2009a), passou-se a dizer que a norma é o sentido que se atribui ao texto” (STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica - 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 edição, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 40).

⁴¹⁶ ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2ª Edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 204.

No plano do Direito, facticidade quer dizer concretude. Quando Friedrich Muller diz que a norma, que sentido atribuído ao texto, sempre e somente se dá na facticidade. E Gadamer diz que hermenêutica é *applicatio*. Não há textos “em geral”. Um sentido sempre se dá na concretude.⁴¹⁷

Por sua vez, a historicidade é a compreensão da norma a partir do momento em que o intérprete vivencia suas experiências, o que também compõe o processo interpretativo em um método circular. Sobre isso, expõe GEORGES ABBOUD que:

A atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete. Portanto, o jurista não se torna um ser histórico apenas quando se desdobra no estudo da disciplina “História”, mas, mesmo quando efetua uma interpretação no nível de um campo, como é o do direito, ali também operam com ele os efeitos da História. Esse talvez, seja o mais importante significado daquilo que Gadamer chama “consciência da história efetual”. Na interpretação do texto, ocorre uma fusão de horizontes, um diálogo hermenêutico que possibilita a compreensão do texto.

Nas palavras de Vesting, a interpretação, a partir da Gadamer, é estrutura de modo circular. Todo ato interpretativo pressupõe o sentido do todo já explorado e compreendido.

Nesse contexto, não há interpretação fora da história, logo, não há uma compreensão originária da norma e, posteriormente, uma aplicação dela, o que existe é um momento único em que ocorre a interpretação e aplicação (interpretar já é aplicar!) suscitado pela condição do intérprete em um processo circular com a tradição do mesmo texto.⁴¹⁸

Nota-se, portanto, que a interpretação é indissociável do processo de aplicação da norma. Em um processo circular no qual os novos horizontes dessa historicidade se fundem, é possível extrair o significado da norma para o caso concreto a ser solucionado. Sobre o tema, STRECK pondera:

Em síntese, então, pode-se asseverar que a distância temporal é um importante elemento hermenêutico para uma melhor – e diferente – compreensão das coisas, que resulta justamente do contato do texto com novos horizontes históricos que são posteriores ao de sua produção e que produziram as capas que vão sendo sedimentadas.

O ponto de inflexão, portanto, não é teórico-abstrato, mas prático-concreto, ligado à realidade em que se busca a inspiração e para onde convergem as possibilidades abertas pela conversação, em que está em jogo não o exato, mas o contingente, o mutável e o variável, próprio do acontecer humano na sociedade. A isso Gadamer vai denominar “fusão de horizontes”, termo chave de sua léxica.

(...)

Com o termo fusão de horizontes, Gadamer pretende demonstrar que o ponto não é obscurecimento do horizonte do passado. Seria, na verdade, mostrar como esse horizonte foi adotado e pode ser expandido no presente.

(...)

Toda inserção hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica

⁴¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica* - 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 edição, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 14.

⁴¹⁸ ABBOUD, *op. cit.*, pp. 207-208.

é o círculo hermenêutico, que nos liga à tradição em geral e à do nosso objeto de interpretação em particular.⁴¹⁹

Nesse panorama, a contextualização do texto normativo em determinada realidade social mostra-se relevante para apreensão da norma. Evidentemente, não se descuida que o controle concentrado foi dotado de mecanismos que almejam viabilizar essa compreensão da realidade social, como são os casos do *amicus curiae* e audiências públicas. Ainda assim, a historicidade, facticidade e a realidade social trazidas pelo próprio indivíduo por intermédio de sua demanda subjetiva, bem como as diferentes perspectivas dos diversos órgãos julgadores, potencializam a compreensão do sentido e amplitude de aplicação do texto normativo. Sempre há de se recordar o alerta de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE para o fato de que:

Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Portanto, cumpre, sim, manter a coerência dos postulados teóricos e doutrinários, mas nem por isso está-se autorizado a desprezar as exigências e desafios que a experiência vai impondo às condutas humanas e às categorias jurídicas. Cabe à jurisprudência e ao Judiciário, a insubstituível tarefa de, observados os valores que o direito não pode descurar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a utilidade das formulações teóricas, adaptando uns e outras aos renovados fatos que a vida oferece todos os dias.⁴²⁰

Sobre esse tema, convém assinalar, na senda do escólio de KARL LOEWENSTEIN, que nem sempre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo pode ser constatada de imediato (*prima facie*), de modo que é natural que tais questões de inconstitucionalidade apareçam mais bem delineadas no bojo de um processo judicial. Conforme a lição do autor alemão:

Para além das reservas fundamentais contra a intervenção de órgãos políticos no processo de fiscalização da constitucionalidade de uma lei, a principal dificuldade deste tipo de fiscalização reside no fato de, na maior parte dos casos, a inconstitucionalidade não ser *prima facie* visível. Esta surge normalmente quando a lei em questão tem de ser interpretada e aplicada por um tribunal a um determinado conflito em que os litigantes são afectados por ela. A solução prática consiste, portanto, em que a decisão seja tomada por um órgão jurisdicional no âmbito de um processo judicial.⁴²¹

⁴¹⁹ STRECK, *op. cit.*, 2020, p. 119-121.

⁴²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 255.

⁴²¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª edição – 4ª reimpressão, Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 319. Na tradução espanhola: “Prescindiendo de las reservas fundamentales contra la intervención de las instancias políticas en el proceso de control de la constitucionalidad de una ley, la dificultad principal para este tipo de control yace en la circunstancia de que la mayor parte de los casos la anticonstitucionalidad no es visible *prima facie*. Por lo general, surgirá cuando la ley en cuestión tenga que ser interpretada y aplicada por un tribunal a un conflicto determinado en el que las partes litigantes están afectadas por ella. La solución práctica es, por lo tanto, que la decisión sea tomada por un órgano judicial en un proceso judicial.”

Dessa forma, a manutenção do sistema difuso de controle de constitucionalidade, além de método de salvaguarda do Texto Constitucional, confere vantagens invulgares para a higidez do sistema jurídico. Isso porque proporciona o enriquecimento do debate, viabilizando, a um só tempo, por meio da multiplicação de particularidades, a melhor compreensão do todo, conferindo uma dimensão ampliada da real extensão da questão de inconstitucionalidade, bem como o amadurecimento dos argumentos desenvolvidos, pavimentando o caminho para o consenso ou, ao menos, para um julgamento mais sólido e refletido na última instância de decisão.

Sob outra perspectiva, cumpre assinalar que, sem embargo da ampliação do rol de legitimados para instauração do controle concentrado de constitucionalidade pela Constituição de 1988 e da inserção de mecanismos para ampliar os debates da sociedade sobre a questão de inconstitucionalidade, a concessão a qualquer indivíduo do direito de submeter ao Poder Judiciário a apreciação da questão de inconstitucionalidade atrelada à sua causa individual, tal como o permite o modelo de controle difuso, reforça sobremaneira a proteção de sua esfera subjetiva, o que possui especial relevância quando se trata de proteção de direitos fundamentais. Logo, o controle difuso consubstancia, também, relevante garantia de acesso à justiça por parte do(s) indivíduo(s), que poderão expor as particularidades do seu caso concreto e buscar a concessão de tutela que o(s) preserve(m) da incidência da norma inconstitucional. Sobre esse aspecto, convém consignar as considerações de ANDRÉ RAMOS TAVARES:

Realmente, o recurso extraordinário, no Brasil, e, de uma maneira mais ampla, a possibilidade de haver controle concreto-difuso da constitucionalidade, exercitável por qualquer magistrado, em qualquer instância jurisdicional, só contribui para a excelência do modelo brasileiro

(...)

Ao se conferir ao particular, portanto, uma prerrogativa – praticamente um *munus* público – dele se faz depender o desencadeamento de um controle da legitimidade constitucional das leis em geral, para a tutela de todos os direitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais. Há uma subjetivação no sistema ou, se se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o Direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados. O Direito está a serviço do indivíduo, do Homem, e o controle concreto é aquele que mais bem representa essa idéia.⁴²²

É inegável, portanto, o reconhecimento de que modelo difuso do controle de constitucionalidade não pode ser dissociado de sua finalidade de conferir efetiva proteção dos direitos fundamentais e garantias individuais dos cidadãos. A propósito, reporta-se à análise de

⁴²² TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário. In TAVARES, André Ramos, e ROTHENBURG, Wlaler Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 9.

ABBOUD sobre os embates entre os críticos e defensores do *judicial review* sob a perspectiva democrática, ao que conclui considerar “a *judicial review* mecanismo constitucionalmente imposto de fundamental importância para assegurarmos proteção de direitos fundamentais mediante atuação contramajoritária do Judiciário”.⁴²³ Diante dessa finalidade, o autor atribui ao próprio controle difuso a natureza jurídica de direito fundamental, imbrincado ao princípio do acesso à justiça:

Assim, se a Constituição Federal consagra rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, por consequência, faz-se necessário garantir ao particular todos os meios para fazer valer seus direitos constitucionalmente previstos.

Desse modo, diante de restrição aos direitos fundamentais do cidadão por algum ato do Poder Público formalmente legal, somente por meio da *judicial review* seria possível ao particular corrigir a ilegalidade e preservar seu direito fundamental. Ou seja, sem a existência da *judicial review*, o direito de ação (acessão à justiça) fica seriamente prejudicado.

É mister frisar que a atribuição de *status* de direito fundamental à *judicial review* tem por escopo impedir que essa garantia fundamental do cidadão (controle difuso de constitucionalidade) seja suplantada pelo próprio Judiciário, principalmente pelo recrudescimento das decisões de efeito vinculante do STF.

Ademais, a defesa do controle difuso de constitucionalidade, enquanto garantia fundamental do cidadão, justifica-se, principalmente, porque é a *judicial review* que permite a observância das particularidades de cada caso concreto, ou seja, sem o controle difuso de constitucionalidade, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988), não seria concretizado em sua plenitude.⁴²⁴

Diante disso, não há como deixar de reconhecer as vantagens oferecidas pela adoção do modelo difuso de controle de constitucionalidade para o reforço da normatividade constitucional, para o florescimento de uma consciência ou cultura constitucional na sociedade, para a ampliação dos debates em torno dos temas constitucionais que impactam a vida em sociedade, com uma aplicação mais refletida e sedimentada dos comandos constitucionais. Parece, contudo, que o modelo sofreu, desde sempre, com a ausência do elemento essencial da vinculação das decisões da Suprema Corte, algo presente no modelo original americano e que não foi simultaneamente importado quando da implantação no Direito brasileiro. Esse ponto foi particularmente ressaltado por MARCELO FIGUEIREDO em estudo sobre o sistema brasileiro:

A grande virtude do controle difuso de constitucionalidade está exatamente na sua coerência e simplicidade. A possibilidade de *qualquer juiz* negar aplicação à lei ordinária que confronte a constituição é admirável. Possibilita que todo o Judiciário analise e confronte a constitucionalidade da lei e dos demais atos normativos.

A vantagem inegável desse sistema traz consigo também idêntica possibilidade de conflito e incerteza, evitados nos Estados Unidos da América e em outros países com a raiz na *common law* diante do princípio do *stare decisis*, por força do qual “a

⁴²³ ABBoud, *op. cit.*, p. 819.

⁴²⁴ Idem, pp. 843-844.

decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction”.⁴²⁵

Tem-se, destarte, que o controle difuso de constitucionalidade, no qual a análise constitucional se dá em caráter incidental para decisão de determinado caso concreto, possui inspiração no direito norte-americano. Ocorre que o direito americano adota a fórmula do *stare decisis*, de modo que a decisão judicial de determinado caso concreto passa a ser vinculante aos demais órgãos julgadores e possui efeitos gerais. Ao ser adotado o modelo do controle difuso na jurisdição brasileira, em que a fórmula adotada é a do *civil law*, constata-se uma relevante disfunção no sistema, pois a análise constitucional tem seus efeitos restritos à causa subjetiva (interpartes) e desprovida de efeitos vinculantes, com sérias repercussões nos princípios da segurança jurídica, isonomia e eficiência processual;

A partir dessa primeira constatação, buscou-se, no desenvolvimento do modelo ao longo da história constitucional brasileira, soluções para essa insuficiência, tal qual a previsão da competência do Senado para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário. Todavia, o uso desse instituto não se tornou protagonista para solucionar a disfunção, pois a evolução da própria concepção da Separação de Poderes abriu caminho para a consolidação, reforço e ampliação dos mecanismos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, com influência do direito austríaco. Contudo, cabe consignar a posição de OSCAR VILHENA VIEIRA no sentido de que:

As propostas para a solução dessa crise, infelizmente, não parecem as mais adequadas, pois, na maior parte das vezes, buscam aumentar o grau de concentração da jurisdição constitucional nas mãos do Supremo Tribunal Federal, estrangulando uma das mais democráticas e vitais instituições de nosso direito constitucional, que é o controle difuso, exercido por todos os órgãos do Judiciário brasileiro. Num país que prima pelo desrespeito sistemático à Constituição, suprimir instâncias de controle de poder não parece algo sensato, a não que o objetivo seja exatamente libertar as instâncias governamentais do julgo da Constituição.⁴²⁶

Deveras, merece destaque que, mesmo com a constatada insuficiência do modelo e com o protagonismo do controle concentrado, o controle difuso não foi abandonado. Isso porque, diante da necessidade de apreciação da questão constitucional para o deslinde da demanda subjetiva e na ausência de instrumentos processuais que permitissem o envio diretamente dessa questão à Suprema Corte para apreciação em sede de controle concentrado,

⁴²⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In TAVARES, André Ramos, e ROTHENBURG, Wlatter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 182.

⁴²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros editores, 2002, p. 222.

todas as instâncias judiciais ainda mantiveram a competência para apreciar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma a fim de solucionar o caso concreto posto. Ademais, é reconhecido o controle difuso como direito fundamental, sob o prisma do acesso à justiça e da oportunização da análise da questão constitucional sob o prisma do caso concreto do indivíduo a viabilizar uma compreensão e interpretação mais adequada da norma àquela realidade social específica trazida pelo cidadão.

Diante dos pontos levantados, conclui-se que a manutenção do modelo de controle difuso de constitucionalidade é uma necessidade que se impõe no Ordenamento Jurídico brasileiro, não tendo sido suplantada pelos avanços do modelo concentrado. Para sustentar essa afirmação, cabe invocar, em síntese, a seguinte ordem de razões:

a) o controle difuso é o modelo tradicional de salvaguarda da Constituição na história jurídica brasileira, sendo reconhecido como extensão da função jurisdicional de decidir os litígios que lhe são submetidos, atividade que, por vezes, demanda selecionar a norma aplicável em casos de eventual antinomia aparente;

b) a possibilidade de os indivíduos invocarem a aplicação da Constituição nas demandas judiciais das mais variadas naturezas reforça a presença e a proximidade da Constituição na vida e no cotidiano da sociedade brasileira, criando um ambiente propício para o desenvolvimento de uma consciência e cultura constitucionais e, em última análise, prestigiando valores essenciais como a limitação do poder político, o respeito aos direitos fundamentais e a defesa do regime democrático;

c) a observância e aplicação das normas constitucionais por juízes e tribunais nos diversos casos concretos garante a Constituição como um diploma jurídico dotado de força normativa e vinculatividade, de modo que, de um lado, o seu descumprimento passa a ser passível de efetiva sanção, mediante invalidação do comportamento que lhe seja contrário, ao passo que, de outro lado, a sua observância passa a ser exigível por qualquer indivíduo afetado por comportamento constitucionalmente ilegítimo.

d) o controle difuso, desenvolvido por meio de um processo subjetivo, homenageia a defesa dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais consagrados no diploma constitucional, consistindo em modelo primordialmente voltado à defesa desses direitos de titularidade individual ou coletiva, bem como trazendo esses indivíduos e grupos sociais para o debate dos temas constitucionais;

e) diante da sua vocação à proteção dos direitos fundamentais, não se pode deixar de reconhecer que o próprio acesso ao controle difuso deve ser alçado à condição de direito fundamental subjetivo dos indivíduos ou de coletividades, que podem se valer do Poder

Judiciário para combater a ameaça ou efetiva lesão aos seus direitos em decorrência de atos ou comportamentos fundados em leis ou atos normativos violadores de preceitos constitucionais;

f) o modelo difuso amplifica a democratização do debate constitucional, viabilizando a discussão do mesmo tema pelos mais diversos agentes e em diversos processos e instâncias judiciais, viabilizando uma ampla reflexão sobre a controvérsia constitucional, a seleção dos melhores argumentos e levando a uma formação paulatina de convergências e consensos, de modo a criar melhores condições para que esse conflito constitucional, ultimando-se no Supremo Tribunal Federal, encontre uma decisão final mais bem construída e refletida;

g) o modelo difuso tem o benefício, ainda, de ser uma espécie de controle de “super-legalidade”, na medida em que não se distancia substancialmente de um controle de legalidade, com a diferença de que, no lugar de ter a lei como parâmetro para aferir a validade de determinado ato ou comportamento, erige a Constituição – enquanto “super-lei” – como paradigma de confrontação. Com isso, o controle pela via difusa ganha contornos eminentemente técnico-jurídicos, enquanto mera extensão da função jurisdicional exercida pelo judiciário, cuja atuação, corriqueiramente, consiste em selecionar, em caso de conflito, qual a norma aplicável ao caso concreto. Com isso, é um modelo que permite um certo afastamento do julgador do âmbito dos conflitos políticos, na medida em que o tema da inconstitucionalidade consiste em questão de natureza mais jurídica do que política. É um modelo menos propenso – embora não infenso – aos conflitos políticos.⁴²⁷

⁴²⁷ Na senda do escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Este modelo de controle escamoteia o aspecto político do controle de constitucionalidade. Trata-o como uma questão simplesmente jurídica, ou de mero procedimento jurisdicional. A tarefa do juiz é apenas a de declarar, ou seja, de reconhecer objetivamente a contrariedade entre a norma constitucional e a norma legal. Considera, em consequência, o juiz de carreira perfeitamente apto para exercer esta tarefa simples.” Alerta, contudo, que: “Claro está que, sob essa aparência, não deixa de estar presente o elemento político, sobretudo porque os textos constitucionais devem ser interpretados para poderem ser aplicados. Ora, na interpretação sempre se insinuam elementos ideológicos, portanto, posições políticas.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 1–18, 2000, pp. 3-4. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47523>. Acesso em: 19 de abril de 2023.)

De fato, não se desconsidera que o modelo difuso também pode conduzir a graves conflitos políticos. Para tanto, cabe rememorar a decisão da Suprema Corte americana em “*Dred Scott v. Sandford*” (1857) foi um dos estopins para a irrupção da Guerra Civil em 1861. Ainda, não se pode obliterar os conflitos políticos causados pela posição adotada por aquela Corte contra a validade de leis e decretos que compunham o “*New Deal*”, que consistia em um conjunto de programas e reformas aprovado pela administração de Franklin Delano Roosevelt, entre 1933 e 1939, buscando combater os efeitos da depressão econômica de 1929. A despeito disso, “[n]ão resta dúvida, todavia, que o sistema ‘americano’ imprime ao controle um caráter mais jurídico do que político.” (FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 5)

Em sentido diverso, o modelo europeu erige-se a partir da formação de um órgão especial, um Tribunal Constitucional, situado fora da estrutura de qualquer dos Poderes constituídos, sendo composto por pessoas geralmente fora dos quadros do judiciário e escolhidas por órgãos políticos em processos políticos, que passam a julgar a validade das leis em abstrato. Com isso, “[n]ão trata o controle de constitucionalidade como um controle de supra-legalidade, mas como um controle de legitimidade. Sim, como de legitimidade no sentido de consonância com a Carta seus princípios e seu espírito, mais do que de legalidade no sentido de conformidade com a letra do texto.” (FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 7)

Em razão disso, recusa-se a aderir cegamente ao modismo do controle concentrado, alimentado pela importação da ideologia e do pensamento constitucional europeu da segunda metade do Século XX e que relega o controle difuso a uma posição secundária e quase irrelevante. Cabe rememorar que os europeus enxergaram na adoção do modelo concentrado de controle de constitucionalidade o caminho para contornar as dificuldades políticas e institucionais que lhes são particulares e, com isso, buscar garantir juridicidade às suas constituições. Esse não é o mesmo contexto brasileiro, em que, quando da implantação do modelo concentrado, já contava com um sólido – posto que imperfeito – funcionamento do modelo difuso de garantia da Constituição. Com efeito, o levantamento histórico realizado demonstra que a implantação do controle concentrado veio, em grande medida, mais a atender interesses governamentais.

Assim, a manutenção e reforço do modelo difuso de controle de constitucionalidade – assim entendido em sentido amplo, abrangendo, para além do mero critério de competência, também as características de um controle concreto, por via de exceção – não apenas homenageia a longa tradução jurídica brasileira inaugurada com a Proclamação da República, como também reforça o caráter democrático do sistema brasileiro de controle, reforça a consciência social acerca do valor superior do Texto Constitucional e, ainda, propicia condições para o amadurecimento dos debates e o desenvolvimento de uma visão mais acurada das questões de inconstitucionalidade a partir da riqueza de dados da realidade a serem extraídos dos casos concretos.

3.2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DIFUSO: O PAPEL DO ÓRGÃO DE CÚPULA PARA O ADEQUADO FUNCIONAMENTO DO MODELO

O Supremo Tribunal Federal, em seus atuais moldes, é criação do regime republicano que se instalava no Brasil a partir de 15 de novembro de 1889. Diretamente inspirado no modelo da Suprema Corte americana, o novo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro sucedia ao então Supremo Tribunal de Justiça do período monárquico e passava a assumir um novo papel político-institucional na estrutura constitucional brasileira. Tratava-se do início de uma nova fase para o Poder Judiciário nacional, que então assumia a posição de verdadeiro poder político.⁴²⁸

⁴²⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, pp. 01–28, 1993, p. 2. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732>. Acesso em: 30 nov. 2022.

Desde a edição do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, por meio do qual o Governo Provisório publicou a Constituição provisória da recém-criada República dos Estados Unidos do Brasil, assumiu o Supremo Tribunal Federal a função, além de órgão de cúpula do Poder Judiciário federal, de árbitro dos conflitos federativos e entre os Poderes, bem como de guardião maior do Texto Constitucional e, conseqüentemente, dos direitos e garantias fundamentais nele entrincheirados. Esse perfil constitucional inspirado no modelo americano não se alterou substancialmente ao longo da história nas constituições que se sucederam, a despeito da introdução paulatina de elementos próprios do modelo austríaco de Tribunal Constitucional.⁴²⁹

A partir de então, conforme destaca CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO:

A história do Supremo Tribunal Federal se confunde com a história da República. “Elas se interligam e se integram nas grandezas e vicissitudes, nos dias de glória e nos instantes de sombra”, registrou o Senador José Sarney no discurso que proferiu na Sessão Especial que o Senado realizou, comemorativa do centenário de instalação do Supremo Tribunal Federal, em 19.04.91.⁴³⁰

Isso decorre do fundamental papel atribuído à Suprema Corte brasileira, a partir do constitucionalismo republicano, de guardião maior das constituições nacionais que se sucederam, competindo-lhe garantir a integridade da Federação e a intangibilidade dos direitos fundamentais. O Tribunal culminante da estrutura judiciária brasileira restou estruturado – assim como as diversas outras supremas cortes ao redor do globo – a partir da inspiração do modelo representado e pela influência exercida pela Suprema Corte americana. De acordo com a lição de JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES:

Se para alguns autores a emergência do fenômeno dos tribunais constitucionais se deve ao aparecimento da forma federal do Estado, para outros trata-se apenas de uma das principais exigências da democracia, que não tem lugar em sistemas políticos em que não existam os mecanismos jurídico-constitucionais susceptíveis de assegurar a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. No entanto, é de notar que a criação de tribunais de justiça em todo o mundo, estruturados à semelhança do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, não é alheia à expansão dos interesses e da influência americana no mundo. Também não é alheia à retórica constitucional sobre as virtudes do sistema político norte-americano, que é uma consequência dessa expansão.⁴³¹

⁴²⁹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2ª edição, São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 23.

⁴³⁰ VELLOSO, *op. cit.*, p. 2.

⁴³¹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *La cour suprême dans le système politique brésilien*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1994, p. 12. No original: “Si pour certains auteurs l'émergence du phénomène des cours constitutionnelles tient à l'apparition de la forme fédérative de l'Etat, pour d'autres il ne s'agit que de l'une des exigences majeures de la démocratie, laquelle ne trouve pas sa place dans des systèmes politiques où les mécanismes juridico-constitutionnels susceptibles d'assurer la protection des droits fondamentaux de l'individu sont inexistantes. Il convient néanmoins de souligner que l'institution de par le monde de cours de justice structurées selon le modèle de la Cour Suprême des Etats-Unis n'est pas sans rapport avec l'élargissement des intérêts et de la sphère d'influence américaine dans le monde. Elle n'est pas non plus étrangère à la rhétorique constitutionnelle faisant état des vertus du système politique nord-américain, qui en est la conséquence.”

De fato, convém assinalar acerca do modelo americano, na linha de MARCELO FIGUEIREDO, que “[o] prestígio da Suprema Corte é fornecido por sua *independência, força e idoneidade moral de seus membros*. É a guardiã da constituição americana, símbolo da unidade política nacional e de seus valores”.⁴³² Ao abordar o papel da Suprema Corte do Estados Unidos, BERNARD SCHWARTZ assinala que o órgão de cúpula do judiciário americano desempenha um papel fundamental na aplicação da Constituição, sendo o conteúdo das normas constitucionais quase inteiramente composto pelo sentido que lhes é dado pelos precedentes daquela Excelsa Corte. Assinala o autor americano que:

Como a mais alta corte do país, a Suprema Corte em Washington é claramente o mais importante tribunal do sistema americano, especialmente no campo do direito constitucional. Nesse campo, de fato, a norma aplicável é quase inteiramente composta pelas decisões significativas da Suprema Corte. É verdade que todas essas decisões têm sido baseadas no texto escrito da Constituição Federal. Mas, como o *Chief Justice* [Ministro Presidente] Hughes observou uma vez tão francamente, “a Constituição é o que os juízes dizem que é”. E é como autorizado expoente do instrumento orgânico americano que o papel da Suprema Corte Federal é de tal cardeal significado.⁴³³

Na senda do modelo próprio das supremas cortes – conquanto dotados características pertinentes aos tribunais constitucionais –, o Supremo Tribunal Federal brasileiro atua, a depender do caso, como juízo de primeira ou última instância. O plexo de atribuições que a Constituição lhe outorga em caráter originário (competências originárias), conforme ressalta JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, dele fazem, conjuntamente: i) juiz constitucional; ii) tribunal da federação; iii) juiz administrativo; iv) juiz penal; v) alta corte de justiça; vi) tribunal de conflitos de competência, vii) juiz de execução; e viii) autoridade judiciária não contenciosa.⁴³⁴

Enquanto “juiz constitucional”, o Supremo Tribunal Federal exerce a função própria de guarda da Constituição, preocupando-se com a higidez e integridade do Texto Constitucional. Essa função volta-se, portanto, especificamente para a aplicação da

⁴³² FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In TAVARES, André Ramos, e ROTHENBURG, Wlatter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 177.

⁴³³ SCHWARTZ, Bernard. *American constitutional law*. Cambridge: University Press, 1955, pp. 129-130. No original: “As the highest court in the land, the Supreme Bench in Washington is clearly the most important tribunal in the American system, especially in the field of constitutional law. In that field, indeed, the relevant law is almost entirely made up of the significant decisions of the Supreme Court. It is true that all such decisions have been based upon the written text of the Federal Constitution. But, as Chief Justice Hughes once so candidly remarked, ‘the Constitution is what the judges say it is’. And it is as the authoritative expounder of the American organic instrument that the role of the federal Supreme Court is of such cardinal significance”.

⁴³⁴ GOMES, *op. cit.*, pp. 52-57.

Constituição e o controle de constitucionalidade. Verifica-se o exercício dessa atividade notadamente no julgamento das ações de controle abstrado, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, previstas no art. 102, I, “a”, da Constituição de 1988. Adere a essa função, ainda, o controle das omissões inconstitucionais, cabendo citar a importância do mandado de injunção para implementar os comandos constitucionais que demandem uma atuação do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal para terem a desejada efetividade (art. 102, I, “q”, da Constituição de 1988).⁴³⁵

Sendo Tribunal da Federação, cabe à Corte zelar pela integridade e unidade da Federação, ocupando-se de solucionar os conflitos entre os entes federativos. Compete-lhe, na forma do art. 102, I, “f”, da Carta de 1988, processar e julgar, em caráter originário, “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. Assim, caberá ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de litígios entre o ente central e as unidades subnacionais, bem como as lides formadas pelas unidades subnacionais entre si – não se estendendo aos municípios. Restringindo a abrangência dessa competência, salienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a sua esfera de atuação apenas se abre aos conflitos federativos que sejam graves e que tenham o condão de desestabilizar o equilíbrio do pacto federativo.⁴³⁶ Além disso, a Corte exerce papel relevante no instituto da intervenção federal, competindo-lhe requisitar a medida extrema para garantir a independência do Poder Judiciário no estado-membro, para impor a obediência de decisão judicial, bem como em caso de provimento de representação interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República, para prover a execução de lei federal ou proteção dos princípios constitucionais sensíveis, na forma do art. 34, IV, VI e VII, e art. 36, I, II e III, da Constituição Federal de 1988.

Dada a unidade de jurisdição, cabe ao Poder Judiciário, inclusive ao Supremo Tribunal Federal, a revisão dos atos produzidos pela administração pública. Nesse sentido, diante da inexistência de uma jurisdição (ou justiça) administrativa, essa função é atribuída aos juízes e tribunais. Logo, não há um Conselho de Estado, como ocorre na França ou na Itália. Assim, ao

⁴³⁵ GOMES, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁴³⁶ Nesse sentido, exemplificativamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Cível Originária nº 3.508-TA-Ref/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/05/2021, DJe de 06/07/2021; _____. Tribunal Pleno. Ação Cível Originária nº 787/BA. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 17/12/2022, DJe de 31/01/2023; _____. Segunda Turma. Reclamação nº 4.210/SP. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 26/03/2019, DJe de 24/05/2019.

revisar os atos administrativos, por meio dos remédios constitucionais do mandado de segurança ou do *habeas data*, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “d”, da Constituição), ao julgar causas em que todos os membros da magistratura sejam interessados (art. 102, I, “n”, da Constituição), ou mesmo ao decidir pedidos de extradição (art. 102, I, “g”, da Carta de 1988), atua a Suprema Corte, sob essa perspectiva, no campo do que, em países europeus, seria entendido como próprio da jurisdição (ou justiça) administrativa.⁴³⁷

Enquanto “juiz penal”, atua o Supremo Tribunal Federal em demandas criminais em que seja acusado como autor do delito o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, “b” e “c”, da Constituição de 1988). Compete-lhe, também, o julgamento de *habeas corpus* nos casos em que o paciente for qualquer das pessoas anteriormente referidas ou nos casos em que a autoridade coatora for algum dos Tribunais Superiores ou quando a autoridade coatora ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam submetidos diretamente à jurisdição da Corte, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (art. 102, I, “d” e “i”, da Constituição de 1988). Ainda, julgará, em grau de recurso ordinário, o *habeas corpus* de competência originária dos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, “a”, da Constituição).

Ao tratar do Supremo Tribunal Federal como “alta corte de justiça” (*haute cour de justice*), JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES restringe a sua análise à competência originária da Corte e alude à sua tarefa de julgar os crimes de responsabilidade de altas autoridades federais, o que compreende: os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica – ressalvada, em todos esses casos, a competência do Senado Federal –, bem como os membros dos Tribunais Superiores, os membros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, “c”, da Constituição).⁴³⁸

Enquadrando-se como tribunal de conflitos de competência, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal, em caráter originário, a tarefa de solucionar os “os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal”, conforme disposto no art. 102, I, “o”, do Texto Constitucional.

⁴³⁷ Sobre essa visão, ver: GOMES, *op. cit.*, p. 54.

⁴³⁸ GOMES, *op. cit.*, p. 55.

Caracteriza-se, outrossim, como “juiz de execução”, na medida em que cabe ao Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, I, “m”, da Constituição Federal de 1988, em caráter originário, “a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais”.

Por fim, ao classificar o Supremo Tribunal como “autoridade judiciária não contenciosa” (*autorité judiciaire non contentieuse*), JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES faz referência à antiga competência da Corte, prevista no art. 102, I, “h”, da Carta de 1988, para “homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do ‘exequatur’ às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”.⁴³⁹ Essa competência, contudo, foi deslocada para o Superior Tribunal de Justiça quando da Reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, constando, agora, do art. 105, I, “i”, da Lei Maior.

A par das competências originárias, em que a Suprema Corte atua como instância inicial ou originária, tem-se que também o Tribunal poderá ser entendido como “juízo de apelação”. Trata-se dos casos em que o Excelso Sodalício julga, em recurso ordinário, os remédios constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data* ou do mandado de injunção quando, pelas circunstâncias do caso, forem da competência originária dos Tribunais Superiores e estes houverem proferido decisão de mérito denegatória dos *writs* requeridos (art. 102, II, “a”, da Carta de 1988). Ainda, caberá recurso ordinário nos processos que envolvam crimes políticos (art. 102, II, “b”, da Lei Fundamental de 1988), cuja competência originária é do juízo de primeira instância da Justiça Federal (art. 109, IV, primeira parte, da Constituição).

Ademais, consistirá o Supremo Tribunal Federal em “juízo recursal extraordinário” – situação próxima, mas não semelhante, ao “juízo de cassação” – nos casos em que se estiver diante de “causas decididas em única ou última instância”, em que a decisão recorrida venha a: i) contrariar dispositivo da Constituição; ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; iii) julgar como válidos leis ou atos de governos locais contestados em face da Constituição; bem como iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, “a” a “d”, da Lei Maior).

Construído esse amplo panorama das formas de atuação e das diversas competências do Supremo Tribunal Federal em conformidade com a sua disciplina no texto da Constituição Federal de 1988, cumpre verificar que à Corte é atribuída uma posição diferenciada dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Como já ressaltava JOSÉ DE CASTRO NUNES, a Suprema Corte consiste em órgão judiciário sem paralelo na organização judiciária, não podendo ser

⁴³⁹ GOMES, *op. cit.*, p. 56.

confundida com uma corte de apelação ou reduzida a uma mera quarta (à época do autor, ainda terceira) instância judicial. Aproxima-se mais das cortes de cassação europeias, na medida em que o seu objetivo primordial é o resguardo da ordem jurídica objetiva, mas com elas não se confunde, reitere-se, porque não se limita a cassar a decisão recorrida, julgando a causa e aplicando o direito à espécie. Na senda do escólio de JOSÉ DE CASTRO NUNES:

O Supremo Tribunal é um aparelho *sui generis* no mecanismo judiciário, sem paridade com os tribunais de apelação, pois que inexato seria definí-lo como um *Super-Tribunal* desse gênero, e nem mesmo com as cortes de cassação conhecidas em outros países, das quais, todavia, se aproxima muito mais.

Como instância de preservação do direito federal, de que é instrumento o recurso extraordinário nas suas diferentes hipóteses, não é uma instância revisora dos julgados locais no sentido de uma *terceira instância*, um *Super-Tribunal de Apelação* – de vez que limitada a jurisdição por ele exercida ao âmbito da *questão federal*, que se circunscreve ao julgamento de uma *questão de direito*, mesmo nas hipóteses que envolvam o mérito da causa, não se estendendo ao reexame dos fatos e das provas, que aceita nos termos postos pelo tribunal recorrido, o que acentua o traço, que lhe é peculiar, de jurisdição de direito público.

Não é a rigor uma Corte de Cassação, porque não se limita a *cassar* a sentença trespachada e mandar que o tribunal recorrido profira outra – como da índole de tais côrtes – mas julga, ele mesmo, a espécie, no decidir a *questão federal* que motivou o recurso.⁴⁴⁰

Nessa sua posição diferenciada, exerce o Supremo Tribunal Federal, desse modo, uma função de superposição em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, enquadrando-se, nesse sentido, como órgão de cúpula da estrutura judicial. Sobre o tema, segue JOSÉ DE CASTRO NUNES pontificando que:

O Supremo Tribunal é uma instância de superposição em relação a todas as jurisdições do país, em escala maior ou menor. É essa a sua posição no mecanismo judiciário.

Não é um tribunal ordinário ou comum, senão o órgão de uma jurisdição especial, que lhe é própria, com as características acima expostas.

Entende-se nos Estados Unidos que a Suprema Corte é a cúpula, não só da justiça federal mas de todo o sistema judicial da Nação – “*At the head of the federal judiciary, and through its appeal jurisdiction at the head of the whole judicial system of the United States, is the Supreme Court of the United States.*”

Entre nós, por melhores razões, poderá dizer-se o mesmo.⁴⁴¹

Dessa forma, a Suprema Corte brasileira detém, por sua própria natureza, a tarefa de promover a uniformização da aplicação da Constituição, sendo essa uma necessidade premente do federalismo, da segurança do direito e da paz social. Trata-se, em última análise, da própria garantia da higidez e integridade da Ordem Constitucional, que restaria vulnerada sem um órgão

⁴⁴⁰ NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, pp. 200-201.

⁴⁴¹ NUNES, *op. cit.*, p. 201.

especial culminante que detenha os mecanismos adequados de controle último dos atos e comportamentos estatais. Mais uma vez valendo-se das ensinanças de JOSÉ DE CASTRO NUNES:

A necessidade de uma instância de superposição com autoridade constitucional para cassar os julgados trespalhados da observância da lei e imprimir à jurisprudência uma direção uniforme não é peculiar aos regimes federativos, embora tenha nestes maior alcance e significação, porque da partilha de poderes entre a União e os Estados resulta um problema que nos Estados unitários não existe, o da legislação e jurisdição separadas, levando à possibilidade de colisões que, sem aquele controle supremo, ficariam sem remédio, reduzidas a letra morta a Constituição e as leis federais e comprometida a segurança dos direitos, a paz social e a existência mesma da União.⁴⁴²

É nesse sentido, portanto, que deve ser encarada a razão de existir e a posição institucional elevada do Supremo Tribunal Federal dentro da Ordem Jurídica brasileira, pois a ele compete, em grau superior, a fiscalização da legitimidade constitucional das leis e atos do Poder Público e, além disso, em razão de sua elevada hierarquia e autoridade, promover a uniformidade da aplicação da Constituição. Como bem ressalta a doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Daí, no plano federal, a elevada função em que foi investido o Supremo Tribunal Federal, pela Lei Fundamental da República. Fundamentalmente, a função do Supremo na Federação está em exercer vigilância no sentido de controlar a validade das leis em face da Constituição, defender a autoridade do Direito federal em face do Direito estadual e municipal, e ainda velar pela unidade da aplicação do Direito federal em todo o país. Vela, em suma, pela constitucionalidade das leis, por sua hierarquia, sua autoridade, sua interpretação uniforme.⁴⁴³

Com efeito, as próprias noções de supremacia e unidade da Constituição exigem que a estrutura constitucional do Estado contenha órgão especialmente incumbido de dar a última palavra em matéria constitucional, propiciando uniformização de entendimentos, isonomia de tratamento e segurança jurídica. Nos ordenamentos jurídicos em que a tarefa de guarda da Constituição é atribuída ao poder judiciário – por seus diversos órgãos e em um sistema de jurisdição uma –, torna-se imprescindível e inegociável que seja instituído um órgão superior a todos os demais e que seja encarregado, precipuamente, da defesa da unidade da Constituição e da garantia da integridade e higidez do Direito objetivo. Essa é a tarefa primordial do Supremo Tribunal Federal, na senda do entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que leciona:

Justifica-se na necessidade de manter a supremacia da Constituição Federal, a inteireza, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da lei federal. São

⁴⁴² NUNES, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁴³ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 17.

valores jurídicos que dão fôrça ao órgão Supremo da ordem judiciária nacional para reformar as decisões das justiças estaduais, assim como as das justiças federais.

Se a jurisdição, no país, é una e uma só, porque atua um e só um Direito objetivo, o nacional, fundamento existe para que um órgão de cúpula da justiça nacional o sustente.

Ora, o princípio da incolumidade do Direito objetivo constitui um valor jurídico – que resume certeza, garantia e ordem –; valor êsse que impõe a necessidade de um órgão de cume e um instituto processual para a sua real efetivação no plano processual.

Tal é a função do Supremo Tribunal Federal e do Recurso Extraordinário, no sistema constitucional vigente.⁴⁴⁴

Nessa mesma linha de intelecção, assevera CARLOS MAXIMILIANO que a previsão constitucional de um órgão jurisdicional culminante e único atende ao escopo de, a um só tempo, assegurar a supremacia do Texto Constitucional, reforçando a sua autoridade suprema em relação a todos, sendo igualmente aplicável e vinculante em todo o território em que vigora, bem como de promover a necessária uniformização jurisprudencial. Nas palavras do autor:

A Constituição tornou una a côrte mais alta, a fim de lhe assegurar a supremacia, torna-a “o symbolo da autoridade niveladora de todos os habitantes do território sob o mesmo regimen de igualdade”, e prestigiar ao mesmo tempo “a tendencia universal para uniformizar a jurisprudencia como uma das fontes primordiales do Direito não incorporado nas leis do paiz”.⁴⁴⁵

A existência do Supremo Tribunal Federal na estrutura constitucional brasileira e, particularmente, na organização do poder judiciário, revela-se verdadeira condição de possibilidade para a garantia da supremacia, higidez e unidade da Constituição brasileira, sendo, por corolário, a chave de abóboda do sistema de defesa e proteção do Texto Constitucional. Exerce a Suprema Corte, dessarte, função essencial para o funcionamento dos modelos de controle de constitucionalidade previstos na Constituição. No âmbito do modelo concentrado, isso fica evidente na medida em que a competência é-lhe privativa. De outro lado, no bojo do modelo difuso, a importância do Supremo Tribunal ganha novos contornos, na medida em que, a despeito da ampla competência para sindicância das leis e atos do poder público,

Deveras, tamanha é a relevância do papel outorgado ao Supremo Tribunal Federal no ordenamento constitucional brasileiro que, como alerta JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, a ausência do seu desempenho tem o condão de afetar sobremaneira os alicerces do próprio sistema jurídico:

Torna-se de vital importância reconhecer que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte – não pode

⁴⁴⁴ SILVA, *op. cit.*, 1963, p. 444.

⁴⁴⁵ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 587.

renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.⁴⁴⁶

Com isso não se quer dizer que o Supremo Tribunal Federal esteja em posição de sobrepujar os demais Poderes ou de manipular ao seu talante o conteúdo do Texto Constitucional. À semelhança dos demais Poderes, encontra-se a Suprema Corte ineludivelmente subordinada ao Ato Constituinte que a criou e lhe atribuiu o múnus primordial de zelar pelo cumprimento dos seus ditames, inclusive mediante revisão dos atos dos demais Poderes, órgãos e autoridades públicos. Aliás, todos os Poderes do Estado estão assujeitados à Lei Maior, que é a razão própria de suas existências jurídicas. No desempenho de seu mister de órgão de cúpula, cabe ao Supremo Tribunal Federal garantir que todos os demais Poderes, inclusive o Judiciário, restrinjam-se aos limites de suas competências constitucionais. Invoca-se, novamente, a ensinança de JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, que assinala:

Nenhum dos poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, uma vez que a relação de qualquer dos três poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder.⁴⁴⁷

Significar dizer, portanto, que o controle do exercício do poder é uma imposição da própria Constituição e condição essencial para realização do Estado Democrático de Direito. Mais uma vez valendo-se das lições de JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cumpre consignar que:

(...) o controle do poder constitui uma exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático.

Ainda que em seu próprio domínio institucional, nenhum órgão estatal pode, legitimamente, pretender-se superior ou supor-se fora do alcance da autoridade suprema da Constituição Federal.

É que o poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado Democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência das liberdades sob a égide da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 26, n. 87, pp. 15-70, 2015, p. 16. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dax_revista_trf_87.pdf. Acesso em 23/08/2022.

⁴⁴⁷ MELLO FILHO, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴⁸ MELLO FILHO, *op. cit.*, p. 27.

Nesse sentido, tendo o Texto Constitucional, ao instituir o modelo difuso, atribuído aos órgãos do Poder Judiciário a competência para controle da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, certo é que também essa atividade é subordinada e limitada pelo Ato de sua criação. Isso significa dizer que também o exercício da função jurisdicional não pode se achar imune a qualquer forma de controle e nem se pode acreditar que a independência dos juízes seja absoluta.

Sobre o tema, é de se concordar com DALMO DE ABREU DALLARI na linha de se reconhecer que o Poder Judiciário foi alçado a uma posição privilegiada de revisão da validade constitucional dos atos dos demais Poderes do Estado e, mais do que isso, de revisão dos próprios atos. Indaga o autor, então, se essa situação teria eventual causa em uma certeza do Constituinte de que os atos produzidos pelo Judiciário seriam sempre constitucionalmente legítimos. A conclusão, contudo, é a de que, apesar dessa condição privilegiada ser temperada pelas limitações inerentes à função jurisdicional (que se caracteriza pela inércia, pela ausência de meios de coação e pela dependência dos demais Poderes para obtenção de recursos financeiros), o que poderia, argumentam alguns, reduzir os riscos de abusos, torna-se claro que os juízes, por mais bem intencionados e preparados, não estão imunes aos erros e subjetivismos. Em suas palavras:

Mas, pergunta-se, se a própria Constituição confere competência ao Poder Judiciário para efetuar o controle de constitucionalidade, isso não equivale a uma prévia afirmação de confiança nos membros desse ramo do poder, pelo menos quanto à certeza da constitucionalidade de seus atos? Por outro lado, é razoável dar-se competência ao Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade de seus próprios atos?

Não há dúvida de que o próprio sistema da divisão do poder, ao proceder à distribuição das competências, confere uma situação excepcional ao Poder Judiciário, uma vez que lhe dá a condição inevitável de julgador de seus próprios atos. Como compensação argumenta-se que o Judiciário, além de não ter a iniciativa de atuação, só podendo agir quando provocado de fora, é um poder desarmado, ficando ainda na dependência dos demais para a própria obtenção dos recursos financeiros indispensáveis ao seu funcionamento. Assim, pois, conclui-se, não tendo condições para cometer abuso de poder, o Judiciário pode e deve gozar da máxima independência, para atuar efetivamente como guarda da Constituição.

O que, entretanto, não se pode perder de vista é que os juízes, por mais bem intencionados e por melhor que seja o seu preparo técnico, também estão sujeitos a erro, além de terem uma visão necessariamente pessoal, carregada de subjetividade, de cada fato social. Um dos mais notáveis constitucionalistas contemporâneos, Karl Loewenstein, abordando o problema da independência do judiciário, manifesta-se inteiramente favorável a ela, mas adverte que também os membros do Poder Judiciário, embora inconscientemente e numa configuração diversa, podem cometer abuso de poder quando submetem os atos dos demais poderes a um controle de constitucionalidade segundo seus padrões e têm como um pressuposto que os seus próprios atos são sempre constitucionais.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In VV.AA. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977, pp. 157-158.

De fato, destaca KARL LOEWENSTEIN que a independência judicial é um dos princípios jurídicos básicos que servem de sustentáculo à noção de Estado Constitucional ou de Estado de Direito. Essa liberdade dos juízes em relação à ingerência externa visa a garantir e proteger os direitos titularizados pelos indivíduos. A despeito disso, não é possível fechar os olhos à circunstância óbvia de que o juiz ainda é um ser-humano – apesar de alguns poderem achar o contrário – e, como tal, é dotado de todas as limitações, fraquezas e falhas que caracterizam a espécie.

É justamente a independência do poder judicial, um pilar do Estado constitucional, que implica, por si só, o perigo do seu abuso. Os juízes independentes e somente sujeitos à lei estão livres de qualquer controle e fiscalização por parte dos outros detentores do poder, seja do governo, do parlamento ou do eleitorado, e espera-se mesmo que estejam acima da influência da opinião pública. Mas os juízes também são homens e, como todos os mortais, estão expostos às tentações do poder ilimitado. É aqui que surge a necessidade imperiosa de criar meios técnicos para autolimitar a função judicial e, assim, proteger da arbitrariedade dos juízes os indivíduos que se encontram diante de um tribunal. Todas as civilizações com uma estrutura de Estado de Direito dispõem, portanto, de certos controles intraorgânicos da função judicial.⁴⁵⁰

A independência judicial é meio e não um fim em si própria. É poder que corresponde a um dever – o de aplicar o Direito de forma imparcial ao caso concreto, em substituição às partes litigantes, protegendo ou restabelecendo direitos violados e promovendo, assim, a pacificação social –, sendo esse dever a sua razão e causa de existir. Se é das essências do constitucionalismo e do Estado de Direito a limitação do exercício do poder, é um contrassenso acreditar que os integrantes do poder judiciário não estariam submetidos a qualquer espécie de limitação e controle. Em um Ordenamento em que costumeiramente afirma-se a inexistência de direitos fundamentais absolutos e ilimitados, não há o que justifique que a liberdade de interpretação dos juízes poderia ser absoluta e ilimitada, sobrepondo-se às noções de segurança jurídica, isonomia, juridicidade, eficiência e de duração razoável do processo. Somente interesses egoísticos ou corporativistas podem pretender sustentar um poder absoluto aos juízes de aplicar o Direito ao seu exclusivo talante, o que só teria cabimento se se aceitasse o destino

⁴⁵⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª edição – 4ª reimpressão, Barcelona: Editorial Ariel, 1986, pp. 250-251. Na tradução espanhola: “Justamente, la independencia del corpo judicial, pilastra del Estado constitucional, entraña en sí misma el peligro de su abuso. Los jueces independientes y sólo sometidos a la ley, están libres de todo control y vigilancia por parte de los otros detentadores del poder, tanto del gobierno como del parlamento o del electorado, y hasta se espera de ellos que estén por encima de cualquier influencia de la opinión pública. Pero los jueces también son hombres y, como todos los mortales, están expuestos a las tentaciones del poder ilimitado. Aquí surge la necesidad imperativa de montar unos medios técnicos que autolimiten la función judicial protegiendo así de la arbitrariedad de los jueces a los individuos que se sienten ante un tribunal de justicia. Todas las civilizaciones con una estructura de Estado de derecho poseen, por lo tanto, ciertos controles intraórgano en la función judicial.”

do País como mais uma republiqueta bananeira estruturada sobre princípio fundamental do privilégio de castas. Nessa linha, se é certo que o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra em matéria constitucional, admitir que juízes e tribunais desprezem as decisões da Suprema Corte significa, em boa medida, que podem desrespeitar a própria Constituição. Logo, seria dizer que “todos devem cumprir a constituição, menos os juízes”; ou ainda: “a constituição a todos subjuga, menos aos juízes, que podem subjugar-la”. É um contrassenso. É a Ordem Jurídica que cria, atribui e fundamenta o poder dos juízes e não o contrário. Significa dizer que estes estão submetidos àquela e jamais o oposto.

Por óbvio, isso não significa – repise-se o quanto for necessário – outorgar ao Supremo Tribunal Federal um poder inconstrastável e ilimitado. Criada pela Constituição, deve ser a Suprema Corte o seu servo mais fiel, mas a Corte é composta por humanos e, como tais, falíveis. A Constituição não é o que o Supremo Tribunal diz que ela é: a Constituição é o que é a despeito do que a Excelsa Corte diz que ela é. Isso porque não pode a criatura assenhorar-se do seu criador, do mesmo modo que não pode o intérprete assujeitar o texto interpretado para atribuir-lhe o sentido que bem entenda.⁴⁵¹ Entretanto, a segurança jurídica, o direito à prestação jurisdicional, a celeridade e economia processuais, a isonomia, dentre outros princípios constitucionais impõem a necessidade de racionalidade da estrutura judiciária e da prática processual. A alguém é preciso depositar a prerrogativa de “errar por último”, sob pena de tornar infundável o próprio processo judicial e isso, naturalmente, deve ser atribuído ao órgão de cúpula dessa estrutura.⁴⁵² Diante dessa perspectiva, é corrente no debate jurídico a discussão sobre a última palavra em matéria de constitucionalidade, discutindo-se temas como “*backlash*”, o fenômeno de “fossilização da Constituição”, de diálogos institucionais, dentre

⁴⁵¹ Conforme alerta de Eros Grau: “os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça*! (...) Explicitando: juízes decidem (= devem decidir) não *subjetivamente*, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o *direito* (a Constituição e as leis)” (GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 2018, p. 21)

⁴⁵² É célebre o pronunciamento de Rui Barbosa dirigida ao Senador Pinheiro Machado em sessão do Senado Federal de 1914: “Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. (...) O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano” (BARBOSA, Rui. *Obras completas*, vol. XLI, III, p. 259. Apud BROSSARD, Paulo. Voto proferido no MS nº 21.443/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Mandado de Segurança nº 21.443/DF*. Relator Ministro Octavio Gallotti, julgado em 22/04/1992, DJ 21/08/1992).

Com efeito, não se pretende perfilar a crença de que a decisão final teria o condão de, por si só, pacificar a questão controvertida, cujos debates não necessariamente se encerrarão com o julgamento final de mérito. O inconformismo da parte sucumbente pode se protrair indefinidamente no tempo, mas o processo judicial não. É preciso que as demandas tenham um fim e, em se tratando de litígio, alguma das partes haverá de sair derrotada. É da natureza da prestação jurisdicional.

outros.⁴⁵³ Entretanto, certo é que a questão é sofisticada e não há como admitir que a solução para os possíveis erros do Supremo Tribunal Federal seja franquear a juízes e tribunais o poder absoluto de interpretação e de desprezo aos precedentes do Sodalício culminante.

Assim sendo, tem-se que o juiz, pela sua independência, não deve submeter-se às influências externas, não estando submetido a comandos ou instruções do executivo, do legislativo ou mesmo de órgãos de superior hierarquia do poder judiciário para julgar determinado caso de acordo com esses interesses. Põe-se como fundamental, entretanto, estabelecer que esses comandos e instruções não devem ser confundidos com a necessidade de respeito a “interpretações obrigatórias”. Essas instruções, no sentido empregado, dizem respeito ao intuito de submeter o julgamento a interesses específicos, ditando o seu resultado a partir desses interesses e apesar do que estabelece a Ordem Jurídica. Conforme lição de LOEWENSTEIN:

A independência da função judicial significa também que o juiz, no desempenho da sua tarefa, deve estar livre de influências e intervenções externas, quer provenham do governo, do parlamento, do eleitorado ou da opinião pública. No julgamento de um caso que lhe é apresentado, não deve estar sujeito a ordens do governo ou especialmente do Ministro da Justiça, se tais ordens existirem, como foi o caso do abuso das instruções aos juízes (Richteranweisungen) durante o regime nacional-socialista na última guerra. O juiz não deve estar sujeito nem às instruções do parlamento nem às de um tribunal hierarquicamente superior.

Por outro lado, destaca o mesmo autor que situação diversa ocorre nos casos de “interpretação obrigatória”, cuja imposição não implica a violação de sua independência funcional. Pelo contrário, a noção de “interpretação obrigatória” decorre da própria lógica do processo judicial. Nas palavras do constitucionalista alemão:

A remessa de um processo pelo tribunal de recurso para o tribunal inferior para que este profira uma nova decisão, a ordem dada por um tribunal de recurso para reexaminar um processo de acordo com a interpretação jurídica obrigatória e a observância da regra do stare decisis, quando esta existe, são uma consequência da configuração jurídica do processo judicial e não influências estranhas ou ilegais na independência judicial.⁴⁵⁴

⁴⁵³ Ver, por exemplo: BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 51, n. 201, pp. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf. Acesso em 02/05/2023.

⁴⁵⁴ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 295. Na tradução espanhola: “La independencia de la función judicial significa, además, que el juez, en el cumplimiento de su tarea, tiene que estar libre de influencias e intervenciones extrañas, tanto si provienen del gobierno, del parlamento, del electorado o de la opinión pública. En la sentencia de un caso que le haya sido presentado no tendrá que estar sujeto a órdenes del gobierno o en especial del ministro de Justicia, si es que éstas deben de existir, tal como ocurrió en el abuso de las instrucciones a los jueces (Richteranweisungen) durante el régimen nacionalsocialista en la última guerra. El juez no deberá estar sometido ni a las instrucciones del parlamento ni a las de un tribunal jerárquicamente superior. El envío de un caso por el tribunal de apelación al tribunal inferior para nueva sentencia, la orden dada por un tribunal de revisión de examinar nuevamente un caso de acuerdo con la interpretación legal obligatoria y la observancia de la regla de stare decisis donde ésta existe,

No campo do controle de constitucionalidade, não há como deixar de reconhecer o fundamental papel do Supremo Tribunal Federal como última e definitiva instância em matéria de direito constitucional. Ao órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro cabe dar a palavra final sobre questões de constitucionalidade e sobre a validade de leis e atos do Poder Público frente à Constituição Federal. Conforme lição de JOSÉ DE CASTRO NUNES:

Pressupostas as condições inerentes ao exercício da jurisdição, a decisão da Suprema Corte é *final e definitiva*.

Tais decisões são conclusivas quer para as partes contendoras, quer para os outros poderes constitucionais da Nação e dos Estados – “*The Court of last resort, as the ultimate expounder of the organic law, is, therefore, in all matters concerning the constitutional limitations of their powers, the supreme monitor and guide of all the governmental departments.*”

Tôda a dúvida estaria circunscrita ao poder jurisdicional, isto é, à autoridade constitucional da Corte para sentenciar sobre a compossibilidade da lei e da Constituição. Mas admitida a jurisdição, a conclusão lógica é que o entendimento fixado pelo Tribunal Supremo é final, conclusivo, definitivo. É o que diz HUGHES, antigo *chief-justice*: “*If the judicial power extended to such cases, the determination of the Supreme Court must be final.*”⁴⁵⁵

Dessa forma, é forçoso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal recebeu da Ordem Constitucional a função imprescindível de “unificador do sistema jurídico”, garantindo a sua higidez, integridade e coerência. Será a Suprema Corte, então, o órgão jurisdicional incumbido de fornecer, em última instância, as “interpretações obrigatórias” acerca do conteúdo das normas constitucionais, de modo a uniformizar a respectiva aplicação em todo o território nacional. Nessa linha, convém consignar o escólio de DALMO DE ABREU DALLARI:

Outra função peculiar e exclusiva do Supremo Tribunal Federal e que envolve o controle de constitucionalidade, embora não se limite a ele, é a atribuição de unificador do sistema jurídico. Por motivos óbvios, é indispensável que haja uma unidade jurídica nacional, para que as situações semelhantes sejam tratadas semelhantemente, tornando-se possível, pela configuração de um fato, saber-se com relativa aproximação qual o tratamento jurídico que lhe deverá ser dispensado.

Assim, por exemplo, há certas disposições legais que atingem mais profundamente a vida social. E se for possível a cada autoridade encarregada de aplicá-las dar-lhes a interpretação que pareça mais adequada, sem levar em conta um entendimento uniforme, será inevitável o aparecimento de múltiplas interpretações, com divergências entre órgãos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, uma vez que cada um será influenciado por diferentes fatores, ao formar sua convicção. Não são raras, na prática, divergências profundas entre juízes e tribunais sobre a interpretação do mesmo dispositivo legal, tornando-se evidente a necessidade de um órgão unificador, para que os destinatários das normas tenham a certeza do direito e possam, em consequência, obter segurança jurídica.⁴⁵⁶

son consecuencia de la conformación jurídica del proceso judicial y no influencias extrañas o ilícitas en la independencia judicial.”

⁴⁵⁵ NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 592.

⁴⁵⁶ DALLARI, *op. cit.*, pp. 164-165.

Visto isso, cumpre assinalar, ainda, o imprescindível papel do Supremo Tribunal Federal na defesa e proteção dos direitos e garantias fundamentais, notadamente quando da sua atuação no campo da jurisdição constitucional das liberdades. O exame do papel desempenhado pela mais alta Corte brasileira durante todo o período da República reforça a noção de que a história constitucional do País é indissociável da história da Suprema Corte. Estão entrelaçadas.

Relembre-se que, durante a República Velha (1889-1930), o clima político foi intensamente marcado por conflitos, arbitrariedades e perseguições. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal exerceu importante papel de contraposição ao Poder Executivo na salvaguarda das liberdades fundamentais, fazendo criar jurisprudência sobre o tema no novo regime constitucional que suplantara o Império. Cabe destacar, exemplificativamente, a concessão de pedidos de *habeas corpus* formulados por Rui Barbosa em benefício de presos envolvidos na Revolução Federalista do Rio Grande do Sul e na Revolta da Armada, a garantia do direito à indenização de proprietários desapropriados, a defesa da liberdade e dos locais de culto, a proteção dos imigrantes, a garantia das imunidades parlamentares.⁴⁵⁷

Destaque-se que o período foi de rica doutrina, sendo de se acentuar que o Supremo Tribunal Federal adotou a interpretação ampliativa do cabimento do *habeas corpus*, transformando-o em “instrumento de proteção jurídica contra qualquer ato arbitrário do Poder Público”, passando a ser empregado, no Brasil, “para proteger outros direitos individuais que estivessem vinculados, de forma direta ou indireta, à liberdade pessoal”.⁴⁵⁸ Tratava-se, assim, da celebrada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, construção jurisprudencial que alargava as possibilidades de cabimento do *writ*, viabilizando o seu manejo de forma mais ampla para proteção das liberdades individuais.⁴⁵⁹ A doutrina duraria até a Emenda Constitucional de 1926, que restringiria o cabimento do *habeas corpus* à sua conformação tradicional de garantia do direito de locomoção.

Apesar do *status* adquirido durante a Primeira República, viu-se o Supremo Tribunal diretamente atingido pelo período Vargas. Assistiu-se ao fim da Constituição de 1891, ao advento da natimorta Constituição de 1934 e, em seguida, a outorga da Carta de 1937 (a “Polaca”), que concedeu enormes poderes ao Chefe do Executivo. Conquanto a organização e

⁴⁵⁷ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2ª edição, São Paulo: Editora UNESP, 2006, pp. 30-35.

⁴⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

⁴⁵⁹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *La Cour Suprême dans le système politique brésilien*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 17.

competências não tenham sido substancialmente modificadas,⁴⁶⁰ certo é que a Corte enfrentou um contexto político hostil e a imposição de limitações jurídicas ao exercício das competências da Corte.⁴⁶¹ Mesmo com a criação do Mandado de Segurança no Texto de 1934 e sua posterior regulamentação, não pôde a Corte desenvolver plenamente a sua função de guardião da Constituição e das liberdades fundamentais. Com a Carta de 1937, chegou-se, inclusive, a prever a possibilidade de suspensão de decisões que declarassem a inconstitucionalidade de leis,⁴⁶² atribuição que competiria, originalmente ao Parlamento, mas que acabou sendo exercido pelo ditador por meio de meros Decretos-lei.⁴⁶³⁻⁴⁶⁴ Consequentemente, a defesa da Constituição e a promoção dos direitos fundamentais por meio do controle dos atos dos demais poderes tornaram-se difíceis missões.

Com o enfraquecimento do Estado Novo e o fortalecimento dos movimentos democráticos, “o clima de liberdade iria favorecer o Supremo Tribunal Federal”.⁴⁶⁵ Com efeito, a abertura política acabou por reverberar na atuação da Suprema Corte, que, já meados de 1945, veio a conceder *habeas corpus* a exilados políticos.⁴⁶⁶ Com a superveniência da Constituição de 1946, restaurou-se o regime democrático e de liberdades, embora não totalmente nos mesmos moldes da República Velha, de modo a também incorporar previsões contidas nas Constituições de 1934 e 1937. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a nova Constituição democrática devolveu-lhe as atribuições trazidas nas Constituições de 1891 e 1934.⁴⁶⁷

Conquanto o período que sucedeu a Constituição de 1946 tenha sido de retorno ao regime democrático, não significa que tenha sido marcado pela tranquilidade institucional. E nesse contexto conturbado, voltou o Supremo Tribunal Federal ao centro das quezílias políticas. Tenha-se, por exemplo, o *habeas corpus* concedido ao ex-governador do Estado de São Paulo, Ademar de Barros, em que determinou a anulação do processo penal contra ele movido, oportunidade em que restou decidido que o foro por prerrogativa de função não beneficiava o

⁴⁶⁰ MENDES, *op. cit.*, 2014, p. 61.

⁴⁶¹ Ver: CORRÊA, *op. cit.*, pp. 09-10 e 13-15; e COSTA, *op. cit.*, pp. 75-79 e 92-93.

⁴⁶² Prevía o parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937 que: “No caso de ser declarada a 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, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. O dispositivo apenas viria a ser revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945.

⁴⁶³ Isso porque, conforme previa o art. 180 da Carta Constitucional de 1937: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

⁴⁶⁴ Sobre o tema, ver: MENDES, *op. cit.*, 2014, pp. 61-65

⁴⁶⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁶⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁶⁷ COSTA, *op. cit.*, pp. 105-106

ex-titular do cargo.⁴⁶⁸ Também cabe assinalar a postura omissa da Corte no julgamento de mandado de segurança impetrado pelo então Presidente da República afastado, João Café Filho, que buscava retornar ao cargo, o que, diante da decisão de suspensão do julgamento para não afrontar as Forças Armadas, resultou na perda de objeto do processo com o término do prazo do mandato.⁴⁶⁹

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, o período representado pelos governos Kubitschek e Quadros não demandou do Tribunal o enfrentamento de conflitos políticos de mesma magnitude dos governos anteriores. Sem embargo, o Supremo proferiu decisões relevantes no período:

Concedeu *habeas corpus* a indivíduos presos por participação em revoltas; firmou alguns princípios importantes, como o da não-obrigatoriedade da vinculação partidária, o da representatividade da forma de governo, o da inconstitucionalidade da eleição indireta, o da competência do Tribunal de Justiça para julgar crime de peculato cometido por governador, o do não pagamento de imposto de renda pela magistratura; e decidiu da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos praticados pelas Assembleias Legislativas dos Estados.⁴⁷⁰

Com a queda do Governo Goulart e a tomada do poder pelos militares em 1964, voltou o Supremo Tribunal a sofrer com as interferências e limitações impostas pelo novo regime, à semelhança do que vivenciara no Estado Novo. O Poder Executivo voltava a assumir poderes acentuados e funções ampliadas, enquanto o Tribunal amargava medidas que alteravam sua composição e limitavam sua atividade e garantias de seus integrantes.⁴⁷¹ Já nesse período, viu-se o Tribunal a confrontar o novo regime com decisões que contrariavam os interesses do Executivo.⁴⁷² Assim ocorreu ao conceder ordem de *habeas corpus* para garantir a liberdade de expressão e de cátedra.⁴⁷³ Ainda, a Corte concedeu *habeas corpus* a governadores de Estado para afastar a pretensão de julgamento pela jurisdição militar e, com isso, garantir a aplicação das regras de competência em decorrência do cargo. Foram os casos dos então governadores

⁴⁶⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 33.440/SP, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Hungria, DJ 23/06/1955.

⁴⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança* nº 3.557/DF, rel. p/ o acórdão Min. Afrânio Costa - conv., DJ 04/04/1957. Sobre comentários ao caso, ver: COSTA, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁷⁰ COSTA, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁴⁷¹ Ver: COSTA, *op. cit.*, p. 159 e CORRÊA, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁷² COSTA, *op. cit.*, pp. 164-165.

⁴⁷³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 40.910/PE, rel. Min. Hahnemann Guimarães, DJ 19/11/1964.

do Amazonas,⁴⁷⁴ de Goiás,⁴⁷⁵ do Ceará⁴⁷⁶ e de Pernambuco⁴⁷⁷. Ressalte-se, ainda, a concessão de *habeas corpus* em favor de Francisco Julião Arruda de Paula, ex-deputado federal e um dos líderes das Ligas Camponesas, que fora cassado e era acusado de ter cometido crimes previstos na Lei de Segurança Nacional, tendo a Corte decidido pela concessão da ordem em razão do excesso de prazo na prisão.⁴⁷⁸

Essas decisões desfavoráveis ao regime estremeceram as relações entre o Executivo e o Supremo Tribunal Federal, levando aquele a interferir diretamente neste. Sobreveio o Ato Institucional nº 02, de 27/10/1965, que aumentou o número de ministros de onze para dezesseis. Posteriormente, o Ato Institucional nº 05, de 13/12/1968, suspendeu o direito de *habeas corpus* e as prerrogativas da magistratura, permitindo que o Executivo viesse a aposentar compulsoriamente membros da Corte.

Os Atos Institucionais teriam o condão de sobrepujar a ainda vigente Constituição de 1946, que inevitavelmente acabaria por sucumbir, dando lugar à Carta de 1967. Como consequência desse contexto, “Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento, ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional”.⁴⁷⁹ Pouco depois, foi editada a Emenda Constitucional nº 01, de 17/10/1969, que alterou inteiramente a Constituição de 1967, o que justificou o entendimento – com o qual se concorda – de que se não tratava de mero ato reformador, mas sim de uma nova Constituição.

Com o processo de abertura democrática e a consequente promulgação da Constituição de 1988, restaurou-se no Brasil o Estado de Direito. O Supremo Tribunal Federal foi alçado a uma posição de maior prestígio institucional em sua história. Além de manter suas competências tradicionais, o novo Texto Constitucional ampliou o campo de atribuições da Suprema Corte, notadamente no que concerne ao controle abstrato de leis e atos normativos, reforçando o seu papel como principal órgão da Justiça Constitucional nacional.⁴⁸⁰ O desafio que se imporia à Corte, a partir de então, seria o de garantir a primazia constitucional e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

⁴⁷⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 41.049/AM*, rel. Min. Vilas Boas, DJ 22/12/1964.

⁴⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 41.296/DF*, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, DJ 22/12/1964.

⁴⁷⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso em Habeas Corpus nº 41.609/CE*, rel. Min. Victor Nunes Leal, julgado em 16/12/1964.

⁴⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 42.108/PE*, rel. Min. Evandro Lins, DJ 19/05/1965.

⁴⁷⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 42.560/PE*, rel. Min. Evandro Lins, DJ 22/04/1966.

⁴⁷⁹ COSTA, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁸⁰ MENDES, *op. cit.*, 2014, pp. 70-71

Cumpra anotar que, sob o novo regime constitucional, o controle abstrato viu-se potencializado, dentre outras circunstâncias, pela ampliação da legitimidade ativa (art. 103), pela criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 03/1993), pela regulamentação do processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei Federal nº 9.868/1999), pela atribuição de efeito vinculante à decisão de inconstitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF/88, art. 28, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.868/99 e art. 10, § 3º, da Lei Federal nº 9.882/1999), pela regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei Federal nº 9.882/1999) e pela regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Lei Federal nº 12.063/2009).

Sem embargo da relevante atuação do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado, não se pode perder de vista que aquele Alto Tribunal também teve ampliada a sua atuação no campo da jurisdição constitucional das liberdades, no âmbito do modelo difuso, uma vez que a Constituição de 1988 veiculou novos e eficazes mecanismos voltados à proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade. Conforme assinala CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO:

A jurisdição constitucional das liberdades, em que o Supremo Tribunal Federal realiza o contencioso dos direitos fundamentais, também foi ampliada pela Constituição de 1988, que criou o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, e alargou o raio de proteção da ação popular, ao estabelecer que protegerá ela, além do patrimônio público, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, também a moralidade administrativa, a moralidade administrativa que causa incômodos a muitos e a que a jurisprudência administrativa francesa sempre emprestou a maior proteção.⁴⁸¹

Dessa forma, com a ampliação das competências originárias e recursais, bem como diante da preocupação de ampliação da eficácia de suas decisões, e dentro de um novo contexto político e social impulsionado pela nova Constituição Federal e pela consolidação do regime democrático e do Estado-Social, migrou o Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, para o centro da vida política nacional, transformando-se em um dos principais *locus* para solução de conflitos políticos e para as pretensões de submissão dos poderes políticos aos comandos constitucionais.

Ainda, valendo-se do entendimento de ANDRÉ RAMOS TAVARES, cabe destacar que a posição do Supremo Tribunal Federal como órgão de fechamento da Justiça Constitucional é uma exigência que se impõe pela unidade da Constituição. O autor ressalta que:

⁴⁸¹ VELLOSO, *op. cit.*, p. 18.

Uma teoria da Justiça Constitucional assim estruturada procura assinalar e ressaltar o princípio da unidade da Justiça Constitucional que, na realidade, nada mais é do que a aplicação intransigente do postulado da unidade da própria Constituição.

Dentre outros significados, tem-se que é inadmissível a “duplicação” de constituições com concomitância na escala espaço-temporal. Em outros termos, é “insustentável uma dualidade de constituições” (Bastos, 2002: 173).

Se se admite que diversos sejam os órgãos oficiais a concretizarem a Constituição, deve-se promover um adequado “entrosamento” entre eles, por meio do Tribunal Constitucional com competência enquanto vértice de todo o sistema, expressão máxima do “fechamento” da Justiça Constitucional.⁴⁸²

De todo o exposto extrai-se a fulcral importância do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na Ordem Jurídica brasileira na defesa da Constituição (Direito objetivo) e na proteção dos direitos fundamentais. A existência do mais elevado órgão jurisdicional é condição necessária para a funcionalidade do sistema de controle de constitucionalidade, tendo a imprescindível função de garantir a unidade, higidez e supremacia da Constituição.

Na ausência de um tribunal supremo, haveria tantas constituições quantos fossem os diversos órgãos jurisdicionais com suas diferentes visões e interpretações. O resultado seria o desfacelamento da unidade e supremacia constitucionais, a deterioração da normatividade da lei maior, a submissão da constituição aos desígnios do julgador, a opressão dos jurisdicionados. Assim, não há como cogitar de um modelo de controle difuso de constitucionalidade que seja funcional sem a existência de um órgão de cúpula que garanta, em última instância, que a Constituição é uma em todo o território nacional e que a todos igualmente submete.

3.3. DOS MOVIMENTOS DE BUSCA DA EXPANSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NO SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO

Uma vez mantido, pela Constituição Federal de 1988, o modelo de controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, cuja configuração foi a mesma dos regimes constitucionais anteriores, verificou-se que as mesmas questões de limitações e insuficiências acompanharam o modelo quando da fundação da atual Ordem Constitucional. Assim, demandas judiciais continuaram a ser replicadas em inúmeros processos, com reflexo na sobrecarga de demandas a serem julgadas pelo Poder Judiciário. Em última instância, no modelo originário da Constituição de 1988, milhões de processos abarrotavam o Poder Judiciário, ao passo que

⁴⁸² TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 152.

milhares desses ascendiam, anualmente, ao Supremo Tribunal Federal para solução definitiva da questão de inconstitucionalidade subjetivamente invocada.

Para contornar essa disfunção e ineficiência históricas do sistema difuso, houve o fortalecimento dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, buscando-se municiar a Suprema Corte de instrumentos que dessem solução mais rápida às questões constitucionais e com capacidade de produzir soluções que se estendessem a todos e unificassem o entendimento sobre a matéria. O impacto positivo desse fortalecimento do modelo concentrado derrubou algumas barreiras ideológicas – e quiçá corporativistas – sobre a possibilidade de vinculação de juízes e tribunais às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Naturalmente, iniciou-se um movimento que passou a entender que o próprio controle difuso deveria produzir efeitos gerais (*erga omnes*) e vinculantes. Assim, tornou-se necessária uma revisão do próprio modelo do controle difuso para corrigir essa insuficiência constatada.

De fato, constata-se que a objetivação do controle difuso é justificada na própria existência dos mecanismos de controle concentrado. Isso porque, se o ordenamento brasileiro já aceita que uma norma constitucional seja retirada do ordenamento jurídico por decisão da Suprema Corte em controle concentrado de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes, mostra-se flagrantemente incoerente que uma decisão proferida pelo mesmo órgão de cúpula em controle difuso apenas produza efeitos *inter partes* e à causa subjetiva analisada, a acarretar que a mesma questão constitucional seja julgado inúmeras vezes, com multiplicação de processos a assoberbar o Judiciário.

Nesse sentido, assinale-se que DIMITRI DIMOULIS e SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI defendem a necessidade de ampliar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso justamente pela sua coexistência com o controle concentrado. Assim, por exigência de coerência do sistema, não há como continuar dando tratamento distinto às decisões do mesmo Supremo Tribunal Federal apenas pelo fato de uma ser proferida no bojo de processo de controle concentrado e outra em controle difuso. Conforme os autores:

Quando a Corte Constitucional cumula as competências de controle concentrado e de atuação como última instância do controle difuso, tal como ocorre no Brasil, surge um problema de coerência. Se o ordenamento jurídico aceita que uma Corte possa eliminar de maneira inapelável e geralmente vinculante uma norma inconstitucional, como admitir que a mesma Corte com a mesma composição, quando aprecia a constitucionalidade da mesma norma como última instância do controle difuso só possa afastar sua aplicação no caso concreto? E como admitir que as instâncias inferiores possam continuar aplicando a norma declarada inconstitucional pela Corte constitucional no controle difuso, devendo esta última se pronunciar novamente e *ad*

infinitum sobre a constitucionalidade? Essa situação carece de justificativa política, agride regras elementares de racionalidade processual e gera consequências práticas indesejáveis, agravando a morosidade do Poder Judiciário e aumentando desnecessariamente o volume de trabalho da Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal enfrenta essa situação insustentável em seu cotidiano, devendo julgar, anualmente, entre 30.000 e 60.000 Recursos Extraordinários. Trata-se de uma grave crise no exercício da função judicante, cuja solução pressupõe mudanças constitucionais e legislativas redimensionando a carga de trabalho do tribunal. Até que isso ocorra, o Tribunal é levado a adotar soluções paliativas. Assim, por exemplo, em fevereiro de 2007, o STF julgou no mesmo dia em conjunto 4.845 recursos extraordinários (e comemorou o fato em seu relatório anual). Para que isso fosse possível, o STF emendou seu Regimento Interno introduzindo a previsão de que em caso de julgamentos em conjunto os advogados dispõem de um tempo total de 30 minutos para sustentação oral!

Ora, por mais que isso crie problemas e disfuncionalidades, não há como negar que a Constituição Federal mantém a paralelidade dos mecanismos processuais do controle difuso e concentrado. Isso foi uma clara opção do constituinte de 1988, constantemente confirmada pelas Emendas constitucionais que se limitaram a modificações do equilíbrio entre controle difuso e concentrado (por exemplo, mediante introdução da súmula vinculante), sem operar uma ruptura.⁴⁸³

A problemática da ausência de decisões do Supremo Tribunal Federal dotadas de eficácia ampliada já era sentida desde a República Velha, de modo que já na Constituição de 1934 passou-se a prever a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV). O escopo, com efeito, era de atribuir eficácia *erga omnes* a decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Esse mesmo comando, sem substanciais alterações no seu conteúdo, perpassou as constituições brasileiras que se seguiram, até ser inserido na atual Constituição Federal em seu art. 52, inciso X, que prevê: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A propósito, sobre a noção de separação de poderes presente à época da Constituição de 1934, MARIANNA MONTEBELLO WILLEMANN analisa o papel do Senado Federal sob a ótica da obra das ponderações de Alberto Torres, que denominava a Casa Alta do Legislativo como “Poder Coordenador”, diante de suas competências que se mostravam mais amplas. Dessa forma, além da tradicional função legislativa, o Senado Federal foi delineado também com a finalidade precípua de balancear, harmonizar e equilibrar a convivência dos três Poderes da República, conforme leciona Alberto Torres, de modo a reconhecer, inclusive seu papel de participar do processo de controle de constitucionalidade. Conforme a autora:

⁴⁸³ DIMOULIS, Dimitri, e LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, ano 2, n. 5, pp. 217-238, jan./mar. 2008, p. 03. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/10612/19528>. Acesso em: 18 set. 2022.

Com efeito, foi a Emenda nº 1.949 — uma das chamadas “emendas das grandes bancadas” — que estabeleceu o desenho que viria a ser adotado para o Senado Federal na Carta de 1934, sendo que, naquela fase, o órgão ainda aparecia sob a denominação de Conselho Federal.

O modelo imaginado pela referida emenda para o então Conselho Federal concebia-o como um aparelho com funções, ao mesmo tempo, legislativas, fiscalizadoras e moderadoras, competindo-lhe velar pela coordenação e pelo equilíbrio dos três poderes fundamentais da República. Seria, assim, um verdadeiro “superórgão” ou um “órgão de cúpula do regime”, com a missão de coordenar e garantir o funcionamento autônomo e harmônico dos três poderes. E, precisamente no âmbito dessa missão coordenadora, é que lhe competiria suspender a execução, no todo ou em parte, das leis e atos do poder público declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A ideia de um “Poder Coordenador” inspirava-se no pensamento de Alberto Torres, que o defendeu, em sua obra *A organização nacional*, ao elaborar um projeto de revisão constitucional ainda na Primeira República. (...)

O projeto de Alberto Torres reconhecia ao denominado “Poder Coordenador” papel protagonista na guarda da Constituição, conferindo-lhe a atribuição de “declarar, genérica e obrigatoriamente, a inconstitucionalidade das leis e atos dos poderes federais, das províncias e das autoridades municipais, mediante representação de qualquer autoridade ou cidadão, ou ex officio”. Precisamente aí está a inspiração da competência do Senado Federal para atuar como coadjuvante no judicial review. Afinal, o denominado “Poder Coordenador” acabou sendo atribuído, pela Constituição de 1934, ao Senado, incumbido de “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 de sua competência”. E, coerente com o espírito das funções coordenadora e moderadora dos poderes da República, estabeleceu a Constituição de 1934 — na linha do preconizado pela Emenda nº 1.949 das “grandes bancadas” — competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Por sua vez, a comunicação da decisão judicial adotada pela Corte Suprema ao Senado era atribuição do Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 96.⁴⁸⁴

Todavia, é cediço que esse mecanismo pitoresco inaugurado pela Constituição de 1934 não resolveu as insuficiência e limitações que acompanham o modelo de controle difuso desde a sua implantação, especialmente no tocante à eficácia do sistema e de sua segurança jurídica. Aliás, esse mecanismo acabava por prever a necessidade de se percorrer uma nova etapa, isto é, para além de percorrer as instâncias judiciais e atingir a jurisdição da Suprema Corte, caberia, ainda, submeter a decisão final da Alta Corte à manifestação do Senado Federal para somente então obter-se o desejado efeito *erga omnes* e compelindo a observância dos demais juízes e tribunais.

Na esteira dessa reflexão, não há como deixar de concordar com a perspectiva de que o modelo difuso, tal qual implantado no Direito brasileiro (de tradição de *civil law* e sem mecanismos de vinculação das instâncias judiciárias inferiores aos precedentes dos tribunais

⁴⁸⁴ WILLEMAN, Marianna Montebello. Controle de Constitucionalidade na Constituição da República de 1934 – Revisitando a origem do quórum qualificado e da atuação do Senado Federal no modelo concreto-difuso de judicial review. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 12, n. 44, pp. 77-99, jan./mar. 2014, pp. 90-92. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10490/17015>. Acesso em: 19 out. 2022.

superiores), padecia de uma disfunção e ineficácia no seu escopo de, para além da proteção dos direitos subjetivos em disputa, a garantia da própria ordem jurídico-constitucional. Nesse sentido, destaque-se que NICOLE P. S. MADER GONÇALVES identificou a mencionada disfunção do controle difuso e a ineficácia da competência do Senado para resolução dessa questão:

A ausência de um método de vinculação de precedentes teve como resultado a produção de declarações de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*, que em hipótese alguma alcançariam terceiros. Assim, o controle de constitucionalidade brasileiro, mesmo o exercido pelo STF, produzia efeitos restritos que provocavam uma certa ineficácia no sistema. Essa razão conduziu à inserção na Constituição de 1934 de uma nova competência para o Senado Federal: a suspensão da execução dos atos e leis declarados inconstitucionais. Isso significa que o Senado poderia, após prévia comunicação do STF, editar uma resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, conferindo a ela efeitos *erga omnes*.

Mesmo após a inserção deste mecanismo destinado à extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, entendia-se que era necessária a criação de um sistema de controle de constitucionalidade mais eficaz. Ou seja, um sistema em que a declaração de inconstitucionalidade alcançasse a todos sem ser necessário percorrer todas as instâncias do Poder Judiciário e ainda depender da atuação do Senado Federal. Esse longo caminho para produção de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* era visto como uma fonte de insegurança jurídica.⁴⁸⁵

Ademais, sobreleva destacar que essa competência do Senado é objeto, desde a origem, de relevante controvérsia, especialmente acerca de sua natureza jurídica, extensão dos efeitos, obrigatoriedade ou discricionariedade em seu exercício. Convém assinalar que foi paradigmático o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Reclamação nº 4.335/AC, em que houve intenso debate sobre o tema. Referida Reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União para preservação da autoridade da decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, em que foi declarada, de forma incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 8.072/1990, que estabelecia limite à progressão de regime de cumprimento de pena em casos de crimes hediondos.

A princípio, considerando que a decisão invocada pela Defensoria Pública da União foi proferida em controle difuso, seus efeitos seriam apenas *inter partes* e não vinculantes. Assim, em uma análise ortodoxa, a eficácia geral da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da indigitada Lei nº 8.072/1990, reconhecida incidentalmente no HC nº 82.959/SP, apenas poderia produzir efeitos caso o Senado Federal suspendesse a execução dessa norma, nos termos do mencionado art. 52, X, da Constituição Federal.

⁴⁸⁵ GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* - A&C, ano 13, n. 35, pp. 61-103, jan./ mar. 2009, pp. 63-64. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/72/518>. Acesso em: 8 out. 2022.

Quando do julgamento do caso, o Min. Gilmar Mendes, relator da Reclamação nº 4.335/AC, realizou extensa análise, em seu voto, dessa competência do Senado Federal como partícipe do controle de constitucionalidade. Com efeito, identificou o contexto histórico do nascimento desse instituto, que, conforme visto, teve origem na necessidade de corrigir a disfunção do controle difuso no modelo do ordenamento jurídico pátrio que não adota a fórmula do *stare decisis*. Conforme restou consignado em seu voto:

A aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensão a execução da lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade incidenter tantum, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da inexistência jurídica ou da ampla ineficácia da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo. Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí, ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. A engenhosa fórmula mereceu reparos na própria Assembléia Constituinte. O Deputado Godofredo Vianna pretendeu que se reconhecesse, v.g., a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do diploma.⁴⁸⁶

As dificuldades do modelo difuso em proporcionar mecanismos de proteção do Direito objetivo, a despeito da introdução da competência do Senado Federal, contrastava com o modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade, que por veicular mecanismos mais eficazes, galgou posição de proeminência no sistema brasileiro. Com efeito, as decisões judiciais proferidas no modelo concentrado são dotadas de efeitos *erga omnes* e força vinculante aos demais órgãos judiciais e à Administração Pública, sem a necessidade de qualquer manifestação do Poder Legislativo.

Ainda, é indene de dúvidas que a Constituição de 1988 reforçou o controle concentrado ao instituir, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal ou estadual com amplo rol de legitimados ativos (art. 103), ou, com a Emenda Constitucional nº 3/1993, a criar a ação declaratória de constitucionalidade e dotar a respectiva decisão de efeito vinculante, bem como a admissão da possibilidade de concessão de medidas cautelares nessas ações especiais de controle concentrado. Por esse pendor, ainda na linha do raciocínio do Ministro Gilmar Mendes no bojo da referida Reclamação nº 4.335/AC:

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Reclamação nº 4.335/AC*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2014, DJe 22/10/2014.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.⁴⁸⁷

Nesse panorama, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que a razão da atual existência da competência do Senado no âmbito do controle difuso é meramente histórica, adotada em um contexto em que a própria concepção de Separação de Poderes era mais rígida e exigia-se a participação do Legislativo para retirada da norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico.⁴⁸⁸ Outrossim, identificou, também, que deixar de reconhecer efeitos gerais à decisão judicial do Supremo Tribunal Federal em controle difuso mostra-se incoerente com a atual

⁴⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *cit.*, 2014.

⁴⁸⁸ Convém consignar o entendimento de Carlos Victor Nascimento dos Santos, que é crítico ao argumento de que a competência do Senado Federal para suspensão da execução da norma inconstitucional, conforme previsto no inciso X do art. 52 da Constituição de 1988, seria meramente de ordem histórica. Em seu estudo, o autor analisou empiricamente o uso dessa competência pelo Senado Federal e concluiu que, na verdade, o número reduzido de resoluções do Senado no exercício dessa competência deu-se em razão de o próprio Supremo Tribunal Federal não comunicar suas decisões em controle difuso ao Senado. Por outro lado, os seus levantamentos constataram que, uma vez comunicada a decisão, o Senado não deixa de exercer a sua competência. Diante disso, o autor conclui que não se trata de instituto em total desuso e com caráter apenas histórico.

Em suas palavras: “Na verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal não está cumprindo com o seu Regimento Interno, ao qual deveria comunicar tais decisões ao Senado. Tal postura nos permite indagar se a argumentação utilizada ao se defender a desnecessidade de expedição de resolução pelo Senado, para suspender eficácia de norma declarada inconstitucional no controle difuso, não seria uma forma de o STF inutilizar a competência conferida pelo art. 52, X, da Constituição. Isso porque as expedições de resoluções por parte do Senado para o uso efetivo do art. 52, X, da Constituição ocorrem a partir da comunicação das decisões do STF ao Senado Federal. A partir do momento em que tais comunicações não são feitas, o Senado fica impossibilitado de fazer uso da sua competência constitucional. A argumentação acima descrita pode ser ainda mais plausível ao se verificar o percentual das resoluções expedidas pelo Senado Federal, a partir das comunicações feitas pelo STF. De acordo com os dados coletados, das 136 comunicações feitas pelo STF ao Senado Federal, este expediu 95 resoluções suspendendo a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, o que equivale a aproximadamente 70% de todas as comunicações feitas. Considerando tal dado, pode não fazer sentido a argumentação de que a competência conferida ao Senado no art. 52, X, da Constituição possui índole meramente histórica ou que não faça uso efetivo de tal competência”. (SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição, *Revista Direito GV*. Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, v. 10, n. 2, pp. 597-614, 2014, pp. 609-610. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/21682?show=full>. Acesso em 08 de outubro de 2022).

Com isso, o referido autor traz crítica à ampliação dos poderes da Suprema Corte, especialmente ao argumento do Ministro Gilmar Mendes sobre o caráter histórico do instituto como premissa para legitimar a concentração do controle de constitucionalidade no STF sem a necessidade da participação do Legislativo. Entende que essa linha de pensamento poderia subverter a ordem institucional estabelecida pela Constituição Federal de 1988. De todo modo, para análise ora realizada nesse trabalho, as críticas à argumentação de Gilmar Mendes não levam a derruir a conclusão no sentido de que a competência do Senado Federal não alcançou maior relevância no controle de constitucionalidade. O próprio autor reconhece a existência de um número baixo de resolução expedidas no uso dessa competência, embora tenha imputado tal fato à conduta do próprio STF em deixar de fazer as comunicações ao Senado: “De fato, embora o número de resoluções expedidas pelo Senado Federal, fazendo uso da competência que lhe confere o art. 52, X, da Constituição Federal, possa ser considerado baixo, em um período de cerca de 20 anos, há que se destacar que é um significativo número se comparado com o número de comunicações feitas pelo Supremo Tribunal Federal” (*idem*, pp. 604-605).

concepção da separação de poderes delineada pela Constituição em vigor. Isso porque, se a própria Constituição atribuiu poderes à Corte para, com eficácia *erga omnes* e vinculante, retirar a norma inconstitucional do ordenamento em julgamento de controle concentrado, não haveria justificativa para que a decisão judicial proferida pelo mesmo órgão em controle difuso seja desprovida desses mesmos efeitos. Cabe, por oportuno, transcrever as considerações do Ministro:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

(...)

Todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade. Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada.

Em verdade, quando da promulgação do texto de 1934, outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920.

(...)

De fato, é difícil admitir 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 restrita entre as partes.⁴⁸⁹

Nesse mesmo sentido, WILLEMAN reconhece que, se foi coerente a inserção, na Constituição de 1934, da função do Senado Federal de suspender a execução de ato ou norma que tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, essa circunstância já não é a mesma sob a visão de separação de poderes contida no Texto de 1988. Perfilha, assim, a mesma linha de entendimento acerca da historicidade desse instituto reconhecida pelo Ministro Gilmar Mendes. Desse modo, considerado o desenho diferente do Senado Federal na Constituição de 1988, em que a Casa Alta do Congresso Nacional não foi imbuída da função coordenação dos Poderes, conclui-se pela necessidade de revisitar o texto do art. 52, X, da Lei Maior para melhor compreendê-lo no contexto da Ordem Constitucional atual. Conforme a autora:

Ocorre, porém, que o Senado Federal já não exerce o papel coordenador ou moderador que lhe pretendeu atribuir a Constituição de 1934. Muito pelo contrário, à luz da Carta de 1988, o Senado Federal participa da distribuição orgânica do poder representativo e aparece como copartícipe do processo legislativo. A ratio que

⁴⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *cit.*, 2014, fls. 17.

justificava a sua intervenção, a posteriori, no controle de constitucionalidade já não encontra paralelo desde a Carta de 1937.

Daí porque efetivamente parece importante se repensar essa atribuição senatorial. Da forma como se encontra projetado o controle concreto-difuso na Constituição de 1988, o Senado Federal acaba atuando, por via oblíqua, como uma espécie de casa revisora, cabendo-lhe o controle sobre os atos do legislador positivo (em que atua como copartícipe) e do legislador negativo (Supremo Tribunal Federal). Trata-se de modelo que se conformava à estrutura de separação funcional de poderes cogitada pela Constituição de 1934, mas que se encontra absolutamente incongruente diante da atual Constituição.⁴⁹⁰

Assim, retornando ao julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, tem-se que essa nova noção de separação de poderes e que as novas perspectivas sobre o modelo difuso e o papel do Senado Federal levaram o Ministro Gilmar Mendes a concluir que o instituto previsto no art. 52, X, da Constituição de 1988 sofreu uma ressignificação por meio de mutação constitucional, de modo a ser entendido que “a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”.⁴⁹¹ Assim, segundo o entendimento do Ministro, as decisões judiciais proferidas em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal já possuiriam, por si só, a vocação para a produção de efeitos gerais:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta 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 este 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.⁴⁹²

Aliás, conforme ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, o reconhecimento dessa eficácia expansiva das decisões em controle difuso proferidas pela Suprema Corte já teria precedente na iterativa jurisprudência que admite a dispensa de submissão ao procedimento previsto no art. 97 da Constituição (a denominada “cláusula de reserva de plenário”) em casos em que a questão de inconstitucionalidade já tenha sido objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, cabe pontuar que a redação do art. 97 da Constituição não contempla essa excepcionalidade, estabelecendo que: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a

⁴⁹⁰ WILLEMAN, Marianna Montebello. Controle de Constitucionalidade na Constituição da República de 1934 – Revisitando a origem do quórum qualificado e da atuação do Senado Federal no modelo concreto-difuso de judicial review. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 12, n. 44, pp. 77-99, jan./mar. 2014, pp. 90-92 e 96. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10490/17015>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁴⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *cit.*, 2014, fls. 45.

⁴⁹² Idem, fls. 55.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Dessa forma, a possibilidade de excepcionar a regra constitucional é fruto de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, esse entendimento restou positivado pela Lei Federal nº 9.756/1998, que inseriu o parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil de 1973, que passou a prever: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Cumprе consignar que o Supremo Tribunal Federal reafirmou esse entendimento sob a sistemática da Repercussão Geral no julgamento do Tema nº 856, tendo fixado a seguinte tese: “É desnecessária a submissão à regra da reserva de plenário quando a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário ou em Súmula deste Supremo Tribunal Federal”.⁴⁹³ Ainda, o parágrafo único do art. 949 do Código de Processo Civil de 2015 reproduziu esse entendimento ao expressamente a prever que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Diante dessas razões, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto condutor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo da Reclamação nº 4.335/AC, concluiu que se trata de reconhecer um efeito amplo e vinculante à decisão de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, aproximando-se, assim, do modelo de controle concentrado. Nas palavras do Ministro:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, 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 com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.⁴⁹⁴

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, também a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, reafirmou essa tese de expansão dos efeitos das decisões proferidas no controle difuso e, com isso, expressamente reconheceu a abstrativização (ou – entendemos preferível – objetivação) do controle difuso, mediante o elastecimento dos efeitos das decisões judiciais

⁴⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 914.045-RG/MG*, relator Ministro Edson Fachin, julgado em 15/10/2015, DJe 19/11/2015.

⁴⁹⁴ Trecho do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *cit.*, 2014, fls. 45.

proferidas pela Suprema Corte nesse modelo. Dessa forma, confere-se autoridade à matéria já decidida em última instância pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme restou consignado na ementa do julgado:

Reclamação. Penal e processo penal. Alegação do descumprimento da autoridade da decisão do STF firmada no INQ 4435-AgR-Quarto, afetado ao Pleno para fins de aplicação da regra de competência de forma objetiva pela Corte e demais instâncias inferiores. Abstrativização do controle difuso e eficácia expansiva das decisões definitivas adotadas pelo Tribunal Pleno. Especial relevância quando se constata tentativas de *by pass* aos precedentes firmados pela Corte. Precedentes. Conhecimento da reclamação. Competência da Justiça Eleitoral. Processamento de possíveis crimes eleitorais perante a Justiça Estadual. Descumprimento do paradigma invocado. Procedência da reclamação, com a remessa dos autos à Justiça Eleitoral no Paraná.⁴⁹⁵

Apesar de todo o exposto, em que pese o resultado do julgamento proposto pelo Ministro Gilmar Mendes ter se sagrado vitorioso nos julgamentos da Reclamação nº 4.335/AC e da Reclamação nº 36.009/PR, não é possível afirmar que a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988 tenha sido adotada plenamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou mesmo encampada pela jurisprudência dos demais órgãos judiciários. Isso porque – e esse é mais um problema a ser enfrentado na prática judiciária brasileira – o resultado das decisões dos tribunais não garantem a perfeita identificação das razões majoritárias que o conduziram. Assim, não é incomum que os julgadores cheguem à mesma conclusão a partir de caminhos interpretativos e argumentativos diversos. Trata-se, assim, de “votos concorrentes” para o resultado que, contudo, não necessariamente refletem a real opinião da corte de justiça sobre a matéria examinada. Conforme assinalado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA em estudo sobre essa problemática:

No Supremo Tribunal Federal, praticamente todas as decisões nos casos mais polêmicos têm votos divergentes. Mesmo naqueles casos em que a decisão final é unânime, há ao menos divergências argumentativas que podem ser relevantes. Esses são os votos que, em algumas cortes, são chamados de votos concorrentes, porque, embora não divirjam do resultado final, divergem do caminho para se chegar a ele. Talvez não haja (e se houver, são poucos) tribunais com tantos votos divergentes e concorrentes quanto o Supremo Tribunal Federal.⁴⁹⁶

Assim sendo, no próprio julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, houve intensa divergência sobre a efetiva ocorrência de uma mutação constitucional do art. 52, inciso X, da

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Reclamação nº 36.009/PR*, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/08/2021, DJe 27/09/2021.

⁴⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 47, pp. 205-225, jul/dez 2015, p. 206. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/605>. Acesso em: 14/03/2023.

Lex Maior. Deve-se conferir, nesse sentido, o incisivo contraponto realizado pelo Ministro Joaquim Barbosa, invocando, inclusive, a necessidade de autocontenção judicial:

Por fim, noto, com a devida vênia, que a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de self restraint que Alexander Bickel, em sua monumental obra “The Least Dangerous Branch”, qualificou de “Virtudes passivas” da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional. Essa regra de *sagesse politique*, de sabedoria política, tão importante para a vitalidade da democracia constitucional, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame, sobretudo por a norma em causa, a par da sua literalidade quase “ofuscante”, em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição.⁴⁹⁷

Por sua vez, o Min. Ricardo Lewandowski, ao divergir da tese do relator acerca da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, reconheceu que a edição de súmula vinculante, instituto introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2005, trouxe uma solução para ampliar os efeitos da decisão de constitucionalidade em controle difuso, sem, todavia, elidir a competência do Senado Federal:

Desse modo, também entendo que é possível e conveniente utilizar o referido instituto para ampliar o alcance das decisões da Corte no controle difuso de constitucionalidade, sem que se vulnere a competência do Senado Federal para manifestar-se sobre o tema, no exercício de uma competência que, como bem acentuou o ilustre Relator, tem um caráter eminentemente político.⁴⁹⁸

Ao cabo, com o voto do Ministro Teori Zavascki, decidiu-se pelo conhecimento da Reclamação nº 4.335/AC, isto é, pelo seu cabimento e possibilidade de submissão a julgamento, para, então, no mérito, julgá-la procedente nos termos do enunciado nº 26 da Súmula Vinculante da Corte, editado de forma superveniente à propositura da Reclamação, que acabou por estampar, com efeito vinculante, a tese pela inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.072/1990. No voto do Ministro Zavascki, sobreleva destacar a relevante perspectiva em que é analisada a questão dos efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, reconheceu o Ministro a expansividade desses efeitos e a sua vinculatividade sem que, necessariamente, tenha que se declarar a mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

⁴⁹⁷ Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *cit.*, 2014, fls. 101-102.

⁴⁹⁸ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *cit.*, 2014, fls. 129.

Com efeito, o Min. Teori Zavascki ponderou acerca da evolução do caráter vinculante dos precedentes judiciais firmados pela Supremo Tribunal, ao apontar, inicialmente, a valorização da jurisprudência por dispositivos processuais previstos no então vigente Código de Processo Civil de 1973, até analisar especificamente o controle de constitucionalidade. Perpassou a instituição do modelo concentrado pela Emenda Constitucional nº 16/1965, sobremaneira fortalecido pela Constituição de 1988, chegando, finalmente, à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu os institutos da súmula vinculante e repercussão geral, que tiveram invulgar impacto na reconfiguração do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Destacou, a propósito, a utilização, em reiterados precedentes do STF, do mecanismo de modulação dos efeitos em decisões extraídas de casos concretos – modulação essa que, a princípio, seria própria do controle concentrado (art. 27 da Lei n.º 9.868/1999) – também foi evidenciada como uma tendência à expansão dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade.

Diante dessa análise, o Ministro Teori Zavascki ponderou que o efeito erga omnes e vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle difuso não mais resultavam apenas do art. 52, X, da Carta Magna, mas defluíam do conjunto normativo constitucional e da necessidade de conferir racionalidade e efetividade ao sistema jurídico. Em suas palavras consignadas no voto proferido na Reclamação nº 4.335/AC:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.⁴⁹⁹

Portanto, ainda que se reconheça não ter sido consolidada a tese pela mutação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, por outro lado, ganhou robustez o movimento de defesa da eficácia expansiva das decisões judiciais proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Esse movimento ganhou especial força com os mecanismos introduzidos pela Reforma do Judiciário realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que previu os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *cit.*, 2014, fls. 163-163.

⁵⁰⁰ Nessa linha, para Marianna Montebello Willeman, essa tão controvertida tese de mutação constitucional teria sido resolvida com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, especialmente, com a instituição da súmula com efeitos vinculantes, criticando, todavia, a concentração do controle de constitucionalidade no Judiciário, em detrimento de ampliá-lo a outros intérpretes. Em suas palavras: “A meu ver, o elemento que poderia eventualmente justificar uma mutação constitucional na matéria decorre da adoção do mecanismo de súmula vinculante a partir da Emenda nº 45/04, exatamente porque, por seu intermédio, soluciona-se o problema para o qual foi concebida a

Cabe destacar que DIMITRI DIMOULIS e SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI rechaçam a ideia de uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, criticando o que denominam de “operações autocriativas do processo constitucional”, em um pernicioso processo de “monopólio da última palavra” pelo Supremo Tribunal Federal. Ponderam, ainda, que o Poder Constituinte, quando quis ampliar os efeitos das decisões de constitucionalidade em controle difuso sem a intervenção do Senado Federal, instituiu os enunciados de Súmula Vinculante por meio da reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Segundo os autores:

Temos aqui claras operações autocriativas do processo constitucional, atuando o STF como poder constituinte reformador que modifica o texto da Constituição. A consequência jurídica (e política) é que o Tribunal amplia o alcance de suas competências em detrimento de outros órgãos estatais, limitando os poderes do Senado Federal e criando efeitos vinculantes para suas decisões que o próprio constituinte não desejou lhe reconhecer. (...)

Ao mesmo tempo, a Constituição de 1988 preserva um importante espaço ao Legislativo, não autorizando o afastamento definitivo de dispositivos infraconstitucionais no âmbito do controle difuso incidental. Os atos normativos tidos por inconstitucionais pelos julgadores permanecem no ordenamento até a sua revogação pela autoridade que os criou ou, no caso específico de leis federais, até que ocorra a suspensão pelo Senado (art. 52, X, da Constituição Federal).

Mesmo assim a referência à súmula vinculante mantém sua pertinência, pois deixa claro que o poder constituinte reformador de 2004 só quis que os julgamentos em sede de controle difuso fossem equiparados em seus efeitos com os do controle concentrado se fosse observado o rito de edição de súmula vinculante. Isso indica que o constituinte não desejou que isso ocorresse com uma simples declaração incidental de inconstitucionalidade.⁴³ Temos aqui um decisivo argumento contrário que indica a inconstitucionalidade da pretendida “mutação”. (...)

Nos casos aqui examinados, o STF reivindica o “monopólio da última palavra” em temas de interpretação constitucional, invocando sua própria jurisprudência e figuras jurídicas de controvertida aplicabilidade, como a mutação constitucional. Isso equivale à autocriação de normas que ampliam, eliminam ou modificam dispositivos constitucionais. (...)

Podemos aceitar essa espécie de real ismo político e apresentá-lo como forma legítima de interpretação constitucional? A resposta deve ser negativa e isso indica a necessidade de uma postura crítica perante práticas de autocriação normativa intensa no âmbito da jurisdição constitucional.⁵⁰¹

De qualquer modo, mesmo que se rechace a tese de mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição de 1988, verifica-se que a competência do Senado Federal como partícipe do controle de constitucionalidade restou relegada a um plano secundário a partir dos

intervenção do Senado no controle de constitucionalidade. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade em concreto continua dotada de eficácia restrita às partes processuais, abrindo-se ao STF a possibilidade de, após reiteradas decisões, editar súmula com efeito vinculante e, dessa forma, ampliar a autoridade da sua interpretação. Lamenta-se, porém, que essa constatação — que deriva de uma narrativa isenta de inclinações ideológicas — acaba por contribuir ainda mais para o protagonismo do judiciário na interpretação e na aplicação da Constituição. Longe disso, a meu ver o caminho a ser trilhado deveria ser precisamente o inverso, buscando-se fórmulas que pudessem favorecer a incorporação de atores não judiciais na definição do significado constitucional.” (WILLEMAN, *op. cit.*, p. 98)

⁵⁰¹ DIMOULIS e LUNARDI, *op. cit.*, 2008.

institutos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (vale dizer: a súmula vinculante e a repercussão geral). Deveras, esses novos instrumentos institucionalizaram a tendência de objetivação do modelo de controle difuso de constitucionalidade (tomado em sentido amplo e não apenas a partir do critério de competência), buscando-se, dessarte, solucionar suas insuficiências no tocante aos seus efeitos, expandindo os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal dentro desse modelo.

3.4. A SÚMULA VINCULANTE: MECANISMO DE EXPANSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO COM DISPENSA DA ATUAÇÃO DE INTERMEDIÁRIOS

A abordagem do tema das súmulas vinculantes impõe, de partida, compreender o preciso sentido do vocábulo “súmula”, evitando-se o seu costumeiro uso desavisado ou indiscriminado. Com efeito, não raramente emprega-se o termo “súmula” como sendo sinônimo dos enunciados que a compõe, o que, para além de mera sinédoque, transparece verdadeira confusão entre os termos. Assim sendo, é preciso fixar que “súmula”, conforme indicado por FRANCISCO DA SILVEIRA BUENO, consiste em substantivo feminino, sendo “[o] mesmo que suma, resumo, síntese, sinopse de algum estudo, de conhecimento. Lat. *Summula*, dimin. de *summa*”, ao passo que o verbo “sumular” tem o sentido de “resumir, sintetizar, fazer sinopses de conhecimentos”.⁵⁰² No plano jurídico, pertinente o alerta de MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA no sentido de não se poder confundir a noção de súmula com a dos enunciados ou verbetes que a compõem:

Logo de início, é preciso lembrar que há certa confusão no uso do termo súmula. Consagrou-se algo, a bem da verdade, errado, que é a prática de chamar-se determinado verbete (ou o seu enunciado) de súmula X ou Y. Ao contrário do que muitos pensam, o termo súmula quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, e não cada um desses verbetes (ou seus enunciados) que trazem o entendimento do órgão acerca de determinada questão de direito. Na verdade, o conteúdo do verbete individualmente, que expressa o entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito, deve ser chamado, por precisão técnica, de enunciado.⁵⁰³

Assim, no campo do direito processual, o vocábulo – a seguir o rigor semântico – deve ser empregado para compreender o conjunto de enunciados, de forma a evidenciar o

⁵⁰² BUENO, Francisco da Silveira. Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa: vocábulos expressões da língua geral e científica-sinônimos contribuições do tupi-guarani. São Paulo: Editora Lisa S.A., 1988, vol. VII, p. 3.851.

⁵⁰³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 253.

entendimento jurisprudencial predominante em determinado tribunal acerca das diversas matérias por ele enfrentadas. Conforme consignado por MARIA HELENA DINIZ em seu léxico jurídico, tem-se como significado do termo “súmula”:

SÚMULA. 1. *Direito processual*. a) Conjunto de teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal, traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados (Nelson Nery Jr.); b) resumo de decisão judicial colegiada (Othon Sidou); c) ementa reveladora da orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos (Marcus Cláudio Acquaviva); d) ementa de sentença ou acórdão (De Plácido e Silva); e) tradução de orientação da jurisprudência predominante do tribunal (José de Moura Rocha). (...).⁵⁰⁴

Em sentido ligeiramente diverso, a autora especifica o sentido de “súmula da jurisprudência” nos seguintes termos:

SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA. *Teoria geral do direito e direito processual*. 1. Norma consuetudinária que uniformiza a jurisprudência, constituindo fonte de direito, atuando como norma aplicável aos casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver norma que os regule ou uma modificação na orientação jurisprudencial, já que é suscetível de revisão. 2. Enunciado que resume uma tendência sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo tribunal; constitui uma forma de expressão jurídica, por dar certeza a determinada maneira de decidir. 3. Condensação de no mínimo três acórdãos do mesmo tribunal, adotando igual interpretação de preceito jurídico em tese, sem efeito obrigatório, mas apenas persuasivo, publicado com numeração em repertórios oficiais do órgão (Othon Sidou).⁵⁰⁵

Desse modo, vislumbra-se que o emprego do termo “súmula” no sentido de “enunciado” estaria mais próximo dessa noção de “súmula da jurisprudência”, o que poderia justificar a prática forense de tomar um pelo outro. Contudo, é preciso ter presente essa distinção entre os vocábulos “súmula” e “enunciado/verbo”, de modo que a escolha de usar aquele no sentido deste seja uma decisão consciente de afastar o rigor semântico antes de fruto do desconhecimento dos seus significados.

Convém destacar, ainda, que a noção de súmula não deve ser confundida com a de “precedente obrigatório” (ou *binding precedent*) presente no sistema da *common law* e inspirado pela doutrina do *stare decisis*. A construção do precedente obrigatório dá-se a partir do julgamento de uma causa concreta, a partir do qual se extrai(em), da decisão judicial, o(s) fundamento(s) principal(is) e essencial(is) para a solução do litígio (a chamada *ratio decidendi*), que passa(m), então, a ser extensível(is) às futuras decisões que versem sobre causas semelhantes. Há, destarte, um grau de vinculatividade entre a primeira decisão e as decisões

⁵⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, vol. IV, p. 542.

⁵⁰⁵ Idem, *ibidem*.

que lhe são subsequentes. O enunciado de Súmula, por sua vez, não deve se pautar por uma decisão, mas por um conjunto de decisões em um mesmo sentido e que demonstrem que o entendimento do tribunal sobre determinada matéria é dominante. Outrossim, enquanto, para o precedente obrigatório, é suficiente a prolação de decisão judicial em determinado caso, os enunciados de Súmula dependem da sua elaboração e aprovação pelos membros do tribunal. Além disso, cabe destacar, ainda na senda da doutrina de MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA, que o precedente obrigatório possui, em seu conteúdo, razões de decidir que não necessariamente são essenciais para a decisão da causa; trata-se de situações em que são formuladas afirmações *a latere*, também denominadas *obiter dicta* (ou, no singular: *obiter dictum*). Os verbetes de Súmula, por seu turno, apenas veiculam conteúdo essencial, sendo a exposição da tese essencial e dominante sobre determinado tema. Atente-se, ademais, que o *binding precedent*, pela doutrina do *stare decisis*, possui efeito vinculante geral, notadamente em relação às instâncias inferiores; ao passo que a Súmula de Jurisprudência é dotada apenas de força persuasiva – ressalvados os casos da Súmula Vinculante, como a seguir se verá.⁵⁰⁶

Vencida essas questões iniciais, cumpre assinalar, conforme lição de LÊNIO LUIZ STRECK, que a discussão sobre a criação de instrumentos de uniformização da jurisprudência remonta à Constituinte de 1946, tendo o Instituto dos Advogados Brasileiros defendido, ao apresentar o seu projeto de Constituição, da lavra de Haroldo Valadão, a vinculação de juízes e tribunais à interpretação dada à lei pelo Supremo Tribunal Federal. Rejeitada a ideia na Constituinte, o mesmo autor viria a fazer nova ofensiva quando da discussão do Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, no idos de 1963-1964, buscando inserir dispositivo que desse efeito vinculante à interpretação dada pela Excelsa Corte à lei federal após três decisões no mesmo sentido e tomadas por maioria absoluta. Foi somente com a Emenda Regimental de 30/08/1963 que se passou a prever a “Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal”.⁵⁰⁷

A proposta de inserção do instrumento no Regimento Interno, como é consabido, veio da iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, embuído de razões eminentemente práticas, conforme anota GLAUCO SALOMÃO LEITE. Em primeiro lugar, serviria a Súmula como “repertório da jurisprudência prevalecente” do Supremo Tribunal Federal, tornando mais ágil e facilitada a consulta desse conteúdo, tanto pelos diversos operadores do Direito, como pelos próprios ministros da Suprema Corte, que no seu cotidiano enfrentavam as dificuldades de reunir os julgados do Tribunal para conhecer os entendimentos sedimentados. Assim, não era

⁵⁰⁶ SOUZA, *op. cit.*, pp. 255.

⁵⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 110.

incomum que os ministros mais antigos tivessem de se valer da própria memória para buscar demonstrar aos ministros mais recentes o entendimento prevalecente na Corte sobre determinado tema. Destarte, a primeira razão para implantação da Súmula vislumbrava atender “a essa necessidade de sistematização e organização das concepções pacíficas do Supremo Tribunal Federal sobre determinados temas jurídicos, facilitando o acesso a tais informações”.⁵⁰⁸

A segunda – e, talvez, a que mais determinante – razão para a implantação da Súmula de Jurisprudência consistia na premente necessidade de resolver o enorme acúmulo de demandas pendentes de julgamento na Excelsa Corte e proporcionar maior celeridade processual. Resgatando as observações do Ministro Victor Nunes Leal, GEORGE SALOMÃO LEITE assinala que: “o referido magistrado chamava a atenção para o que ele designou ‘fardo asfixiante’, entendendo que o que atarefava em demasia o Tribunal eram os numerosos casos idênticos que chegavam até aquela instância”.⁵⁰⁹ Consequentemente, o abarrotamento de processos na Corte inviabilizava o estudo mais detido dos temas submetidos a julgamento, notadamente nos casos de maior complexidade e que fugiam daqueles repetidos. Havia, assim, a necessidade por “um mecanismo ou, em sua dicção, por um *método de trabalho* que possibilitasse ao Supremo Tribunal Federal abreviar o julgamento de processos rotineiros, conferindo certos efeitos jurídico-processuais à jurisprudência dominante do Tribunal”.⁵¹⁰ Assim, resume GEORGE SALOMÃO LEITE que:

Dessa maneira, e de forma resumida, a fixação da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, em enunciados sumulares, pretendia atingir os seguintes objetivos: a) criar um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais mediante a simples citação de um número convencional; b) distinguir a jurisprudência firme daquela que se encontrava ainda em fase sedimentação; e, c) atribuir à jurisprudência firme conseqüências processuais para decidir processos repetitivos com mais celeridade.

Entrevê-se, nos argumentos sustentados pelo Ministro Victor Nunes Leal, certo pragmatismo, na medida que se pretendia diminuir o volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal ao se adotar a súmula como um método de trabalho que visava melhor ordenar e simplificar a tarefa judicante. Tanto é assim que, mesmo apontando múltiplas razões para a elaboração das súmulas, ele observa, após alguns anos de experiência com a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que a sua maior potencialidade estava na sua qualidade de método de trabalho, suplantando inclusive a condição de ser repertório oficial de jurisprudência da Alta Corte.⁵¹¹

⁵⁰⁸ LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

⁵⁰⁹ LEITE, *op. cit.*, p. 50. O autor faz referência a dois trabalhos do Ministro Victor Nunes Leal: “Atualidade do Supremo Tribunal Federal”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 61, v. 208, pp. 15-18, out./dez. 1964; e “Passado e futuro da súmula do STF”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n° 145, pp. 1-20, jul./set. 1981.

⁵¹⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹¹ LEITE, *op. cit.*, p. 51.

A par dessas razões de viés prático, não descuidava o Ministro Victor Nunes Leal da necessidade de respeito à isonomia dos jurisdicionados na prestação jurisdicional, de modo a se garantir que casos semelhantes, em um mesmo contexto histórico e social, encontrassem no Tribunal a mesma solução. Seria premente que os casos repetitivos fossem decididos sob a mesma orientação jurisprudencial. Nessa linha, destaca GEORGE SALOMÃO LEITE que:

Dessa maneira, para concretizar a exigência de isonomia, era necessário que os casos idênticos fossem decididos de acordo com a orientação fixada na jurisprudência segura do Supremo Tribunal Federal, evitando, com isso, um quadro de “loteria judiciária”, isto é, que sobre tais litígios recaíssem soluções díspares a depender do julgador. Portanto, a isonomia estava associada a uma relativa estabilidade da jurisprudência e à conveniência de segui-la para resolver questões jurídicas idênticas.⁵¹²

Nesse mesmo sentido, ressalta MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA que a criação da Súmula teve por objetivos, por um lado, dar solução à sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal causada pelo acúmulo de processos – no mais das vezes – repetitivos, proporcionando celeridade na sua tramitação e para a prestação jurisdicional, bem como, de outro, trazer segurança jurídica ao sistema, viabilizando a ampliação da previsibilidade das decisões judiciais e propiciando tratamento mais isonômico aos jurisdicionados. Nesse sentido, nas palavras do referido autor:

Mas não foi só em resposta ao acúmulo de processos ou em busca de uma maior celeridade na prestação jurisdicional, que se criou a Súmula no Supremo Tribunal Federal. Outros motivos existem para adoção da súmula, tão importantes quanto o de ser um critério para solução de novos casos que poupa tempo e energia.

Um deles é o fato de a súmula fornecer uma maior *certeza do Direito*. Através da súmula, identifica-se, rapidamente, a jurisprudência firme, cristalizada (mas não imutável) do tribunal acerca de variados temas jurídicos. Individualmente, verifica-se que cada um dos enunciados da súmula recobre determinado aspecto de lei, ou preenche os espaços vazios por ela deixados, com uma interpretação considerada prevalente e consolidada, assim contribuindo, ponto a ponto, com a *certeza do Direito*. Outro motivo foi a busca da *previsibilidade*: contendo a súmula, de modo seguro, preciso e claro, a verdadeira inteligência da norma legislada, ela é uma ferramenta que muito contribui para tornar previsível, tanto para o Judiciário como para os jurisdicionados, a solução de litígios presentes e futuros. Por derradeiro, pesou o princípio da *igualdade*: a súmula, se não acaba, pelo menos, mitiga bastante a variação de interpretação sobre determinada questão de direito. Ou seja, contribui para a aplicação de uma mesma regra para os casos semelhantes, o que resulta em tratamento igual para todos que, nas mesmas condições, batam às portas do Judiciário.⁵¹³

⁵¹² LEITE, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁵¹³ SOUZA, *op. cit.*, pp. 253-254.

Diante dessas razões, a proposta de edição da Súmula de Jurisprudência Dominante foi acolhida pela Suprema Corte, de modo que a sua Comissão de Jurisprudência, integrada pelos então Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, promoveu hercúleo trabalho de compilar os entendimentos do Tribunal, resultando na elaboração dos primeiros 370 (trezentos e setenta) enunciados, que restaram aprovados na sessão de 13/12/1963, que restaram publicadas na Imprensa Oficial em 1964. Destaque-se, contudo, não se lhes atribuiu efeito vinculante. Isso em razão da origem meramente regimental do instituto.⁵¹⁴ Assim, as súmulas dos tribunais originalmente possuíam efeito vinculativo apenas aos respectivos membros e órgãos fracionários, vinculados ao regimento interno. “Não tinham propriamente uma força vinculante”, ressalta GEORGE SALOMÃO LEITE, “pois se restringiam a conferir aos relatores uma *faculdade*, não alcançando as demais instâncias judiciais, nem os órgãos da Administração Pública”.⁵¹⁵ Outrossim, não havia previsão de medidas processuais a serem lançadas em caso de descumprimento dos enunciados da Súmula, de modo que esses tinham apenas uma força persuasiva no julgamento de casos semelhantes.

Pelo exposto, percebe-se que as súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, da forma preconizada pelo Ministro Victor Nunes Leal, apresentavam as seguintes notas principais: a) dentre outras funções que desempenharam, a que se sobressaiu foi a de concebê-las como método de trabalho; b) nesse sentido, sua finalidade principal era racionalizar o julgamento de processos judiciais idênticos, diminuindo a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal; c) a estabilidade da jurisprudência, concretizada por elas, estava em sintonia com o princípio da igualdade, pois os casos idênticos deveriam ter soluções iguais; d) pela possibilidade de revisão da súmula, seria evitado o risco de petrificação da jurisprudência; e) exigia-se deliberação formal para sua criação; e f) possuíam apenas obrigatoriedade indireta, carecendo, portanto, de força vinculante.⁵¹⁶

Sobre essa questão, cabe também destacar a lição de DALMO DE ABREU DALLARI, que acentuava a ausência de vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que demandava a atuação do Senado Federal para ampliação da eficácia dessas decisões. Com isso, ressalta a importância que adquiriu a Súmula de Jurisprudência como instrumento que, conquanto não dotado de força para compelir a sua observância por juízes e tribunais, seria, ao menos, apto a revelar o entendimento consolidado do Excelso Sodalício acerca de determinado

⁵¹⁴ SOUZA, *op. cit.*, pp. 253-254; e STRECK, 1998, *op. et loc. cit.* De acordo com Marcelo Alves Dias de Souza: “No plano formal, duas características merecem destaque no nascimento da súmula no Brasil: sua origem regimental, certamente fruto de uma situação específica pela qual passava o Supremo Tribunal Federal à época, e não legal; e o fato, consequência lógica de sua origem regimental, de a possibilidade de editá-la ficar restrita ao próprio Supremo.” (*op. et loc. cit.*)

⁵¹⁵ LEITE, *op. cit.*, p. 53.

⁵¹⁶ LEITE, *op. cit.*, pp. 53-54.

tema, possibilitando e homenageando a ideia de “unidade na interpretação e na aplicação do Direito”. Nas palavras do jurista:

Do ponto de vista jurídico-formal, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional poderão ter efeito erga omnes, quando, reconhecida a inconstitucionalidade de lei ou decreto, for comunicada a decisão ao Senado e este, nos termos do artigo 42, VII, da Constituição, suspender a execução daquele ato. A decisão sobre matéria constitucional poderá também exercer grande influência se for incluída na Súmula de Jurisprudência, hipótese em que, embora não obrigando os juízes e tribunais, já se revela qual será a provável orientação do Supremo Tribunal se for chamado a decidir sobre o assunto. E, em favor da unidade na interpretação e na aplicação do Direito, é óbvio que a maioria das decisões sobre o mesmo assunto será calcada na Súmula, dando-se a esta quase que a mesma importância que tem o precedente nos sistemas jurídicos anglo-saxões.⁵¹⁷

As súmulas dos tribunais passaram a contar com previsão legal apenas no Código de Processo Civil de 1973 (Lei Federal nº 5.869, de 11/01/1973), cujo Título IX, em seu Capítulo I, previu procedimentos de uniformização de jurisprudência nos tribunais, estabeleceu, no art. 479, “caput”, que: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Aos poucos, buscou-se ampliar os efeitos das súmulas dos tribunais, notadamente a editada pelo Supremo Tribunal Federal, atribuindo efeitos “obstativos”, a evidenciar uma “vinculação externa indireta”. Veja-se, nesse sentido, o poder atribuído ao relator nos tribunais para prover ou desprover liminar e monocraticamente os recursos com fundamento em enunciado de súmula do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores (art. 557, “caput” e § 1º-A, do CPC/1973, com redação conferida pela Lei Federal nº 9.756/1998). Assim, a legislação processual passou a prever o não recebimento de recursos contrários ao enunciado de súmula, bem como o julgamento imediato e monocrático do mérito de recursos, provendo-os ou desprovendo-os a depender de sua conformidade com a súmula do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores.⁵¹⁸

Posteriormente, adveio a Lei Federal nº 10.352/2001, que inseriu o § 3º ao art. 475 do CPC/1973, afastando a regra do duplo grau obrigatório para os casos em que a sentença estivesse “fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”. Pontue-se, igualmente, que já após a Emenda Constitucional nº 45/2004, o § 1º do art. 518 daquele Digesto Processual, inserido pela Lei Federal nº 11.276/2006, que passou a prever a vedação de recebimento de apelação pelo

⁵¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In VV.AA. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977, pp. 180-181.

⁵¹⁸ Sobre o tema, ver: SOUZA, *op. cit.*, pp. 259-263.

juízo de primeira instância quando a sentença estivesse “em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. O § 3º do art. 543-A, acrescido pela Lei nº 11.418/2006, previa a presunção de existência de repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. A par do antigo Código de Processo Civil, cumpre destacar que o art. 38 da Lei Federal nº 8.038/1990, já em sua redação original, previa que o poder para o relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, negar seguimento a pedido ou recurso que contrariasse, “nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

Cabe reconhecer que essa busca de expansão dos efeitos das súmulas dos tribunais é sintoma de uma experiência exitosa. Os enunciados de súmula acabaram por consubstanciar importantes mecanismos para conferir racionalidade ao sistema jurídico, propiciando condições para incremento da celeridade e segurança jurídica na busca da prestação jurisdicional. Nesse sentido, conforme MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA:

Por fim, resta lembrar que o sistema da súmula, nos moldes clássicos (conhecida como não vinculante), quase sempre foi objeto de rasgados elogios. Talvez por ser um ponto de referência em um ordenamento jurídico desprovido de algo que, pelo menos de longe, assemelhe-se ao sistema de *law reports* anglo-americano. É uma bússola na avassaladora e exaustiva pesquisa jurisprudencial, como já afirmou um grande civilista pátrio. Certamente, esse é mais um motivo (quem sabe o determinante) para, na prática, a súmula (mais especificamente seus enunciados) tender a valer mais que a própria norma legislada, apesar de, dogmaticamente falando, ela possuir, em regra, caráter meramente persuasivo para os demais órgãos jurisdicionais que não seu emitente.⁵¹⁹

Tenha-se presente, todavia, que, a despeito da paulatina expansão dos efeitos da Súmula, ainda não havia a obrigatoriedade, por parte das instâncias inferiores, de observância dos entendimentos consolidados nos verbetes sumulares. Sem embargo, não se descuidava do impacto de um enunciado sumular para o julgamento de determinado caso na instância inferior, diante da perspectiva de que a decisão conflitante acabaria sendo reformada para alinhar-se ao posicionamento dominante do Tribunal. A vinculatividade, entretanto, ainda era um elemento não presente nos enunciados sumulares.

O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal viria a ser contemplado nas decisões proferidas no controle concentrado, destacando-se o seu surgimento com a ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 3/1993, que viria a introduzir o § 2º ao art. 102 do Texto de 1988, prevendo que as respectivas decisões produziriam “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder

⁵¹⁹ SOUZA, *op. cit.*, p. 257.

Executivo”. Estendeu-se, pelo campo legislativo, o efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade com a Lei nº 9.868/1999, posteriormente constitucionalizado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Ainda, concedeu-se efeito vinculante à decisão em arguição de descumprimento de preceito fundamental com a Lei nº 9.882/1999. Essa expansão dos efeitos no controle concentrado teve o condão de derrubar barreiras ideológicas e dogmáticas no Direito brasileiro, abrindo caminho para o surgimento da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

A despeito do êxito na implantação da Súmula de Jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal não logrou livrar-se da sobrecarga de processos que só fez crescer em progressão geométrica. Os enunciados sumulares meramente persuasivos não haviam sido suficientes para impelir a observância da jurisprudência da Excelsa Corte, fazendo com que se avolumassem os recursos que chegavam ao órgão judicial de cúpula. Assim, sobre o escopo da criação da Súmula Vinculante, assinala GLAUCO SALOMÃO LEITE que uma das preocupações primordiais era o de, novamente, reduzir o número de demandas repetitivas que assoberbavam o Supremo Tribunal Federal:

Como se sabe, uma das principais metas perseguidas com a instituição das súmulas vinculantes é a redução de pleitos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Isso fica bem evidente no próprio texto da Emenda Constitucional nº 45, pois um dos requisitos para a sua criação é a existência de controvérsia atual que acarrete “multiplicação de processos sobre idêntica questão” (§ 1º do art. 103-A da CF). Portanto, nota-se um objetivo pragmático com a criação das súmulas vinculantes, qual seja, desafogar a mais elevada Corte do País.⁵²⁰

Nesse sentido, a atribuição de vinculatividade aos enunciados sumulares do Supremo Tribunal Federal deve ser encarada como uma consequência (ou evolução) natural do sistema jurídico brasileiro vista a partir de uma longa trajetória de construção do modelo judicial nacional. Nesse sentido, relevante trazer as percucientes considerações de GLAUCO SALOMÃO LEITE na linha de que:

Diante do que foi exposto até o presente, cumpre ressaltar três características das súmulas vinculantes que, cotejando com a experiência brasileira antes mencionada, revela que sua criação pode ser vista como um natural resultado de uma trajetória iniciada há muito tempo. Em primeiro lugar, as súmulas vinculantes supõem a construção de um entendimento jurisprudencial de índole constitucional, logo, várias decisões, e nunca somente uma, de um tribunal em um mesmo sentido e sobre o mesmo assunto. Em segundo lugar, tal jurisprudência é obra exclusiva do Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete a concretização última da Constituição. Por fim, o efeito vinculante nas súmulas representa o caráter obrigatório, formalmente estabelecido, atribuído à jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada questão. Em síntese, a súmula vinculante, essencialmente,

⁵²⁰ LEITE, *op. cit.*, p. 5.

encerra uma jurisprudência constitucional obrigatória desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, é de se perceber que a instituição das súmulas vinculantes não representa muita novidade no sistema jurídico brasileiro, pois a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, como a de outros tribunais, há muito tempo serve de referência ou diretriz para o julgamento de casos análogos pelas instâncias inferiores. Além disso, e principalmente, nada mais consentâneo com sua posição de guardião da Constituição, que a jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal deva ser seguida pelas demais instâncias.⁵²¹

Assim, com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi introduzido o art. 103-A no texto da Constituição Federal, criando a possibilidade de edição de enunciados de Súmula Vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal a partir de um procedimento especial.⁵²² Quase dois anos após, sobreveio a Lei Federal nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando o dispositivo constitucional e, com isso, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Dentre as razões para criação do mecanismo está, conforme ressaltado por MARCELO LAMY e LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI, a necessidade de isonomia no tratamento dos jurisdicionados. Assim, embora os autores assinalem que a divergência jurisprudencial é uma contigência do sistema jurídico:

(...) No entanto, em prol do tratamento isonômico dos jurisdicionados, o dissenso é uma realidade que deve ser superada, porque a convivência estendida com a discrepância causa, de fato, insegurança, incerteza e verdadeira injustiça.

Quando uma mesma norma é interpretada de maneira diversa por juízes ou tribunais em casos iguais, isso gera desigualdade. A lei tem que valer de maneira isonômica e não variada diante de diversos demandantes.⁵²³

Debruçando-se sobre a disciplina do instituto, cabe destacar, em primeiro lugar, que a competência para edição de enunciados de Súmula Vinculante é privativa do Supremo Tribunal

⁵²¹ LEITE, *op. cit.*, p. 58.

⁵²² CF/88: “Art. 103-A. 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.”

‘§ 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”.

⁵²³ LAMY, Marcelo, e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 306-307.

Federal, inexistindo instrumento semelhante em qualquer outro tribunal pátrio. As propostas de extensão ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Superior do Trabalho restaram rejeitadas no Senado Federal.⁵²⁴ Assim, apenas ao Órgão de Cúpula do Judiciário foi atribuída a faculdade de editar verbetes sumulares vinculantes. Cabe consignar que se submetem à vinculatividade da tese sumulada todos os demais tribunais e juízes, bem como a administração pública direta e indireta de todas as esferas de governo da Federação.

Para a edição de enunciados de Súmula Vinculante, o constituinte reformador estipulou os seguintes *requisitos procedimentais*: i) propositura de ofício pelo próprio Tribunal ou mediante provocação, garantida a legitimidade àqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade; ii) demonstração de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; iii) demonstração de que essa controvérsia acarreta grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; iv) demonstração de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em mesmo sentido acerca da matéria controvertida;⁵²⁵ v) quórum de aprovação de dois terços dos membros. Sob a perspectiva dos *requisitos materiais*, cabe destacar a necessidade de que o enunciado vinculante: i) verse sobre matéria constitucional; e ii) tenha por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas.⁵²⁶⁻⁵²⁷

Atribuindo consequências jurídicas aos atos que deixem de observar a tese sumulada, prevê o § 3º do art. 103-A da Constituição Federal o cabimento do ajuizamento de reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, decretará a nulidade do ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida, com ou sem aplicação do enunciado da Súmula Vinculante, conforme orientação da Corte para o caso concreto.

⁵²⁴ Cf. SOUZA, *op. cit.*, p. 265.

⁵²⁵ De acordo com Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci: “A preexistência de reiteradas decisões, embora não haja um número determinado que configure a reiteração, prenuncia a necessidade de que a questão jurídica já se encontre maturada, debatida, suficientemente decantada, sedimentada na Corte. Também nos parece óbvio que o enunciado da súmula deva ser o corolário da evolução do entendimento exarado nas decisões anteriores e não mera criação de regra nova que solucione eventual divergência existente.” (LAMY e CONCI, *op. cit.*, p. 308)

⁵²⁶ LEITE, *op. cit.*, p. 5.

⁵²⁷ Segundo a doutrina de Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci: “A necessidade de que exista não qualquer controvérsia, mas controvérsia sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, desnuda outra restrição finalística, pois a súmula vinculante não tem o mote de extinguir com a ‘resistência’ perante o conflito de interesse, mas o destino de desvelar o entendimento sedimentado sobre determinadas ‘teses jurídicas’ atinentes à exegese constitucional normativa, quais sejam: validade, interpretação e eficácia. Controvérsia sobre a validade, na seara constitucional, é divergência atinente à constitucionalidade de norma infraconstitucional concreta. Controvérsia sobre a interpretação é desacordo sobre o melhor significado de determinado dispositivo de acordo com os ditames constitucionais. Controvérsia sobre a eficácia é dissenso sobre a coercibilidade jurídico-social de normas determinadas, no tempo ou no espaço.” (LAMY e CONCI, *op. cit.*, p. 309)

Sobreveio, então, a indigitada Lei Federal nº 11.417/2006 disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. O diploma reitera que a competência para edição dos verbetes vinculantes é do Supremo Tribunal Federal, destacando que poderá agir de ofício ou mediante provocação (art. 2º). Com relação ao quórum de aprovação para edição, revisão ou cancelamento, reitera o comando legal a exigência do voto de 2/3 (dois terços) dos ministros da Corte, de modo que os enunciados dependem de deliberação do Plenário (art. 2º, § 3º).⁵²⁸ Sobre a pertinência da regra, conforme GLAUCO SALOMÃO LEITE: “[o] referido *quorum* é adequado porque, através dele, impõe-se que uma maioria qualificada da Corte chancele o entendimento jurisprudencial a ser contido na súmula vinculante, o que lhe atribui maior estabilidade e segurança”.⁵²⁹ Uma vez aprovado o verbatim sumular, impõe a Lei que o Supremo Tribunal Federal providencie a sua publicação em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União no prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que o editar, rever ou cancelar (art. 2º, § 4º).

A Lei, em seu art. 3º, enumera os legitimados à propositura da edição, revisão ou cancelamento de enunciado vinculante que, para além dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade,⁵³⁰ também abrange o Defensor Público-Geral da União e 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. Em todos esses casos, o procedimento de edição, revisão ou cancelamento do verbatim sumular vinculante ganha contornos de processo objetivo, na medida em que, apesar de inspirado em decisões proferidas em casos concretos, o procedimento não decorrerá de um litígio específico, tratando-se de uma propositura autônoma. Ainda, previu o § 1º do mesmo art. 3º a possibilidade de propositura de edição, revisão ou cancelamento de enunciados vinculantes pelos municípios, exigindo-se, diferentemente dos demais legitimados,

⁵²⁸ Cabe consignar, na senda das lições de Glauco Salomão Leite que: “Antes da promulgação da Lei nº 11.417/2006, houve quem sustentasse que o *quorum* para a revisão de súmula vinculante também seria o de 2/3, considerando que esse processo consiste na criação de ‘nova súmula’. No entanto, o mesmo não se daria com o seu cancelamento, que dispensaria o *quorum* qualificado, pois a súmula representa uma ‘restrição herme-nêutica’. Por isso, o seu cancelamento ‘devolve’ a matéria à vontade geral que em regra deve estar na lei de origem parlamentar.” (LEITE, *op. cit.*, p. 147). Esse entendimento, conforme visto, não prevaleceu, trazendo o art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.417/2006 que: “A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária”.

⁵²⁹ LEITE, *op. cit.*, p. 140.

⁵³⁰ Isto é, conforme art. 103 da Constituição Federal: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

que seja feito de forma incidental no curso de processo litigioso de que seja parte. Em qualquer hipótese, a propositura não gera suspensão dos processos judiciais em curso sobre o tema (arts. 3º, § 1º, e 6º da Lei).

A Lei ainda previu a possibilidade de o Ministro relator admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de terceiros (os *amici curiae*) acerca da proposta de edição, revisão ou cancelamento do verbete sumular (art. 3º, § 2º). A par disso, previu a Lei a participação do Procurador-Geral da República, por meio de manifestação prévia, nos procedimentos em que não tenha sido o autor da proposta edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art. 2º, § 2º). Cabe destacar, outrossim, que o art. 4º da Lei nº 11.417/2006 previu a possibilidade de modulação dos efeitos do enunciado sumular, com fundamento em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, podendo restringir seu efeito vinculante, bem como decidir sobre o momento a partir do qual terá eficácia.

Questão particularmente relevante diz respeito ao art. 5º da Lei nº 11.417/2006, que preconiza que a revogação ou modificação da lei em relação à qual fundou-se a edição do enunciado sumular dará ensejo a que o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante provocação, reveja ou cancele o referido verbete, conforme o caso.⁵³¹ Essa vinculação da súmula à lei é, como anota MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA, decorrência da tradição do Direito brasileiro de filiação ao sistema da *civil law*, de modo que a validade dos verbetes está diretamente atrelada à existência de fundamento legal. Esse amparo normativo poderá advir, ressalta o autor, da repetição do texto legal (enunciado sumular declaratório), pela interpretação do texto legal (enunciado *intra legem*) ou pelo preenchimento de lacunas legais ou expansão da sua abrangência (enunciado *extra legem*). Contudo, adverte que não se pode perder de vista que o verbete sumular busca elucidar e externalizar o “princípio subjacente” ao comando legal que o tenha inspirado, de modo que as alterações normativas não haverão de impactar o conteúdo sumular quando o novo texto não se distanciar daquele princípio que deu azo ao enunciado. As considerações merecem transcrição:

A tudo isso, junta-se uma característica que ganha contornos especiais num ordenamento jurídico como o nosso, filiado à tradição romano-germânica, que gira em torno da norma legislada: o fato da validade da súmula estar sempre condicionada ao amparo que ela tem na norma legislada. É verdade que temos diversos tipos de súmulas: a) meramente declaratória, que diz apenas o óbvio, ou seja, basicamente, repete o texto da lei; b) *intra legem*, que existindo lei sobre o tema, faz a devida interpretação dela dentro de limites já estabelecidos no ordenamento jurídico; c) *extra legem*, que preenche espaços vazios deixados pela lei ou expande os limites por ela estabelecidos, sem ferir os princípios vetores do sistema. Mas todas “partem” de

⁵³¹ Lei Federal nº 11.417/2006: “Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.”

normas legisladas ou que deveriam ter sido legisladas (nesse caso, exatamente porque não foram, tem-se a súmula), meramente “repetindo” os seus textos, verdadeiramente interpretando-as, ocupando os lugares por elas deixados ou, ainda, expandido os limites por elas (normas legais) previamente estabelecidos.

É por isso que afirma, com acerto, Alvim: “A súmula, pois, em essência e em rigor, tem a estabilidade do princípio subjacente à lei, para a qual foi feita; assim é que, se tem a estabilidade do princípio embutido na lei, e, mesmo que alterada a lei (o que tem ocorrido), desde que mantido rigorosamente o mesmo princípio, tal não implica a alteração da súmula, que continua a existir e haverá de ser ‘aplicada’”.

Em outras palavras, enfatizando, aqui, a menção ao princípio subjacente à lei: em regra, um enunciado de súmula não deve sobreviver se alterado o texto legal da norma legislada a que está ele vinculado (ou criada uma norma, para o caso da ausência anterior), de modo a tornar incompatíveis enunciado e novo texto de lei (por exemplo, foi o que se deu com o Enunciado 228 da Súmula do STF). Todavia, mesmo alterado o texto da norma legal ou criada uma onde não existia, pode o enunciado sobreviver se a modificação em nada afetar o princípio subjacente em relação ao qual ele está em consonância (como, por exemplo, o Enunciado 279 da Súmula do STF).⁵³²

Deve-se atentar, igualmente, para a indagação sobre a necessidade de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal para a revisão ou cancelamento de verbete sumular, tal qual se exige para sua edição. A questão é particularmente relevante, porque demandaria um conjunto de decisões que simplesmente ignorassem e contrariassem algum enunciado vigente de Súmula Vinculante, o que poderia representar uma autorização tácita às demais instâncias judiciais e à administração pública para que também abandonassem a observância daquele verbe. Para GLAUCO SALOMÃO LEITE, em surgindo novos argumentos em determinado caso concreto que tivessem o condão de infirmar o teor do verbe, a solução passaria pelo prévio debate da necessidade de sua revisão ou cancelamento, antecedendo, assim, o julgamento do caso.⁵³³ Com a máxima vênia, ousa-se dissentir da respeitável posição, na medida em que o rigor da discussão prévia da manutenção do enunciado sumular subverte a própria lógica da Súmula, que consiste em representar o entendimento dominante do Tribunal a partir dos casos julgados. De um lado, a facticidade do caso concreto possui, dessarte, fulcral relevância não apenas para a aplicação da lei à demanda, mas também para permitir melhor compreender as

⁵³² SOUZA, *op. cit.*, pp. 256-257.

⁵³³ LEITE, *op. cit.*, pp. 148-149. Conforme defende o autor: “Por outro lado, a solução que se sugere para o problema é a seguinte: se o Supremo Tribunal Federal se deparar com um novo caso ou série de casos, em que argumentos mais consistentes foram capazes de abalar a firmeza da jurisprudência refletida na súmula vinculante ou, ao menos, de mostrar-lhe que para certas situações a súmula se revela inadequada, deve, primeiramente, debater sobre a sua revisão ou cancelamento. Em outras palavras, em vez de decidir o caso concreto prontamente de modo diverso à súmula em vigor, discute-se sobre a correção dessa súmula. Em se concluindo pela revisão ou cancelamento, deve-se levar a cabo algum desses processos. Apenas depois dessa deliberação, e já formada nova orientação jurídica, é que o Supremo Tribunal Federal decidiria o caso de acordo com a nova orientação. Isso evitaria a indesejável situação em que o Supremo Tribunal Federal pudesse decidir de forma contrária à súmula vinculante, mas mantendo-a em vigor em toda sua inteireza. Esse fato geraria um paradoxo pelo qual a súmula permaneceria em vigor para todos os órgãos a ela vinculados, mas não para o Supremo Tribunal Federal, que pode decidir, sem maiores preocupações, em dissonância com ela.”

“Por essa razão, entende-se que mais adequado é que haja uma discussão prévia (e séria) sobre a revisão ou cancelamento da súmula, para, só depois, proferir decisões em um sentido diferente do anteriormente estabelecido.” (*Op. et. loc. cit.*)

possibilidades interpretativas do texto normativo. De outro, estar-se-ia decidindo acerca da revisão ou cancelamento do enunciado sumular sem referência a um caso concreto em que tenha restado demonstrada a sua insubsistência. Cabe a crítica, ainda, no sentido de que os julgadores estariam antecipando o mérito da causa a ser julgada. Assim, um sistema de referência jurisprudencial pautado em súmulas, ainda que vinculantes, precisa admitir que, em determinadas circunstâncias, o órgão que as emitiu possa, de forma fundamentada, deixar de observá-las e, com isso, abrir caminho para sua revisão ou cancelamento.

A vinculatividade do enunciado sumular depende, no plano prático, de meios coercitivos efetivos para obrigar o seu cumprimento e corrigir a sua inobservância. Nesse sentido, o comando constitucional entalhado no art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, previu o cabimento de reclamação, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, nos casos de decisão judicial ou ato administrativo que “contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar”. Por seu turno, o art. 7º, *caput*, da Lei Federal nº 11.417/2006 estabeleceu o cabimento da reclamação nos casos em que se “contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente”. Vale dizer: implica contrariar o verbete sumular deixar de aplicá-lo quando era devido, aplicá-lo em sentido diverso daquele com que foi aprovado ou, ainda, aplicá-lo a caso que não se amolde ao seu âmbito de incidência.

Desse modo, a introdução da Súmula Vinculante no Direito brasileiro concedeu ao modelo difuso de controle de constitucionalidade um instrumento capaz de torná-lo mais eficaz na salvaguarda da Constituição e na proteção de valores fundamentais como a segurança jurídica e o tratamento isonômico dos jurisdicionados. A possibilidade de edição de enunciados sumulares vinculantes possibilitou a ampliação da eficácia dos entendimentos jurisprudenciais dominantes do Supremo Tribunal Federal, contendo meios coercitivos de fazer valer a uniformização da jurisprudência em matéria constitucional e, com isso, garantir a ideia de unidade da Constituição e fazer valor os princípios constitucionais subjacentes às decisões reiteradas da Suprem Corte aos diversos casos semelhantes submetidos ao Poder Judiciário.

Além disso, como bem recorda MARCELO FIGUEIREDO, a Súmula Vinculante viabilizou também trouxe impacto no modelo difuso ao permitir a expansão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal sem a necessidade de comunicação e atuação de órgãos intermediários (Senado Federal), como exige o art. 52, X, do Texto Constitucional. Assinala o professor que:

Um dos efeitos imediatos das súmulas foi influir diretamente no controle difuso de constitucionalidade, pois a partir da edição de súmulas vinculantes não há mais

necessidade prática de envolver outros atores ou comunicar decisões, conforme a vinculação prevista na Lei 11.417/2006.⁵³⁴

Assim sendo, pontua-se a Súmula Vinculante como primeiro instrumento a impactar o modelo difuso de controle de constitucionalidade de modo a fortalecê-lo, concedendo ao Tribunal culminante da estrutura judiciária brasileira mecanismo de ampliação da eficácia de suas decisões.

Cumprir reiterar que, ao se referenciar aqui a “modelo difuso”, não se pretende restringir a abordagem à classificação dos modelos de controle em relação ao número de órgãos competentes para exercer o controle, isto é: não se resume ao critério subjetivo ou orgânico. Com efeito, na medida em que a Súmula Vinculante é prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo a sua propositura e o seu trâmite de elaboração e aprovação eventos que ocorrem apenas nessa Corte, poder-se-ia afirmar que haveria um movimento de centralização, o que seria incompatível com a noção de fortalecimento do controle difuso.

Entretanto, cabe destacar, em primeiro lugar, que a elaboração de enunciado de Súmula Vinculante não significa, propriamente, exercício do controle de constitucionalidade. Isso porque o controle já foi exercido em processos judiciais anteriores. O enunciado sumular é, portanto, algo posterior à atividade da jurisdição constitucional, que busca sedimentar e cristalizar o entendimento predominante da Corte sobre determinado assunto reiteradamente decidido. Logo, não será o verbete a declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, mas apenas fará constar que o Tribunal julgou a norma inconstitucional em processos judiciais anteriores.

Além disso, emprega-se a designação “modelo ou controle difuso” em sentido mais amplo, tratando do modelo como um todo e de todas as suas características próprias. No sistema jurídico brasileiro, falar em “controle difuso” permite compreender um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade caracterizado pela competência de todos os juízos para exercê-lo e, mais do que isso, para fazê-lo em caráter incidental e concreto, cujos efeitos das decisões são restritos às partes do processo. E nesse sentido, falar em fortalecimento do “controle difuso” implica pensar todo o modelo como um sistema.

Nesse sentido, a introdução da Súmula Vinculante apresentou uma primeira solução para o antigo problema que vulnerava o controle difuso, consistente, conforme visto, na ausência de mecanismos de vinculação das instâncias inferiores, à semelhança da doutrina do *stare decisis* da *common law*. Essa insuficiência histórica do modelo difuso permitia com que

⁵³⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 68.

juízes e tribunais ignorassem as decisões do Supremo Tribunal Federal, causando enormes prejuízos não apenas às partes, mediante a constatação de tratamento desigual e constante insegurança, mas também ao próprio sistema judiciário, que sempre se viu sobrecarregado de demandas.

3.5. A REPERCUSSÃO GERAL COMO EFEITO DA DECISÃO: A CONSEQUENTE OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SEU IMPACTO NO MODELO DIFUSO

O art. 102 da Constituição Federal, em seu *caput*, delinea o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. Dessume-se que, pela forma como desenhada suas competências, o Tribunal é alçado à condição de órgão de cúpula da jurisdição brasileira a fim de desempenhar essa relevante missão. Para operacionalizar essa função, referido dispositivo prevê, dentre outras, a competência para julgamento de recursos extraordinários com a finalidade de revisar decisões judiciais de única ou última instância que traduzam afronta à Constituição, tendo cabimento nas hipóteses em que a decisão recorrida venha a contrariar diretamente norma constitucional; declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato local em face da Constituição; julgar válida lei local em conflito de lei federal (art. 102, III, alíneas “a” a “d” da Constituição Federal). Desse modo, o recurso extraordinário se insere como importante instrumento do controle difuso de constitucionalidade, ao viabilizar que causas individuais e subjetivas em que haja discussão sobre questão constitucional sejam apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal pela via recursal.⁵³⁵

Ressalta JOSÉ DE CASTRO NUNES que a função do recurso extraordinário: não é a de simplesmente corrigir decisões judiciais erradas. Trata-se de medida voltada às questões jurídicas de maior relevância. Preleciona, assim, que:

Não raro perde-se de vista que a função do recurso extraordinário não é corrigir sentenças erradas, retificar a apresentação dos fatos ou a apreciação das provas nos julgados locais, reformando-os ou modificando-os com a mesma amplitude da apelação.

⁵³⁵ Ressalte-se que também é possível vislumbrar o recurso extraordinário inserido no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. Trata-se de hipótese de controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal exercido pelo Tribunal de Justiça, utilizando-se como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória pelos estados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 650.898/RS*. Relator Min. Marco Aurélio, Redator para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/02/2017, DJe 24/08/2017 – repercussão geral). Em tal situação, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça pode ser revista pelo Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário nº 246.903 AgR/SC*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 26/11/2013, DJe 19/12/2013). De todo modo, o foco do presente trabalho é a análise do recurso extraordinário (e da repercussão geral) inserido no controle difuso de constitucionalidade.

(...)

São problemas de exegese que podem envolver na sua solução desacertos demonstráveis mas que não comprometem a autoridade, a preeminência e a eficácia do direito federal, razão de ser do recurso extraordinário. A êste objetivo de preservação se limita a sua destinação constitucional. Ampliá-lo além desses limites é desnaturá-lo, convertendo-o em apelação.

O esquecimento desses princípios básicos leva ao empirismo na jurisprudência, desnorteada tantas vezes na apreciação das hipóteses.⁵³⁶

Na clássica doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o recurso extraordinário é dotado de duplo sentido, sendo um jurídico, voltado à impugnação de decisões judiciais pelas partes de determinado processo litigioso, almejando a proteção de direitos subjetivos, bem como outro político, servindo para viabilizar ao Supremo Tribunal Federal a garantia da higidez e unidade da Ordem Jurídica e da supremacia da Constituição. Em suas palavras:

É um recurso à disposição das partes para impugnar as decisões judiciais, mas tem sentido fundamentalmente político, ao servir de instrumento de atuação do Supremo Tribunal Federal na manutenção da inteireza, validade, autoridade e unidade do Direito federal e da supremacia da Constituição da República.⁵³⁷

Ressalta o consagrado constitucionalista brasileiro que esse sentido político do recurso extraordinário, ao voltar-se para esses valores superiores de integridade do Direito brasileiro, consiste em pressuposto para a segurança jurídica e, conseqüentemente, para a paz social, que é o objetivo primordial do exercício da função jurisdicional. Com efeito, o próprio Ordenamento Jurídico estaria comprometido se o sistema não previsse mecanismos eficazes de garantia de sua unidade e integridade contra violações por parte dos órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, o recurso extraordinário possui um escopo mais amplo do que apenas o de julgar a lide concreta e aplicar o Direito ao caso no interesse subjetivo das partes conflitantes. Eis a notável lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A inteireza positiva do Direito nacional, fundamento do Recurso Extraordinário, é pressuposto da segurança e da certeza jurídica, condição da paz social.

(...)

A positividade jurídica estaria, entretanto, comprometida se o próprio Direito positivo não se armasse de instrumento eficaz de sua realização no plano prático. Por isso, o sistema jurídico positivo criou um instituto processual, cujo fim precípua é o de assegurar a sua inteireza, contra possível violação de suas normas pelos órgãos jurisdicionais.

Esse instrumento, entre nós, é o Recurso Extraordinário, que, dêse modo, tem por fim imediato a tutela dos valores *certeza e segurança jurídica*.⁵³⁸

⁵³⁶ NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 317.

⁵³⁷ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 18.

⁵³⁸ SILVA, *op. cit.*, 1963, pp. 22-23.

Sobre as origens do recurso extraordinário, segue o preclaro jurista pontuando que, a despeito das controvérsias sobre o tema, a sua introdução no Direito brasileiro ocorreu com a Proclamação da República e os seus primeiros atos jurídicos de organização, tendo inspiração direta no Direito anglo-saxônico, tendo assento mais remoto no *Writ of error* do Direito inglês, em que o mecanismo desenvolveu-se como instrumento processual voltado a impugnar erros de direito cometidos pelos órgãos judiciários. Espraçando-se pelas colônias inglesas, o instituto do *Writ of error* veio a se transformar, no Direito americano – que mais diretamente inspirou o recurso extraordinário no Brasil –, em mecanismo outorgado à Suprema Corte americana para garantia da supremacia constitucional e para unidade do direito federal. Segundo as lições do autor:

Controverteu-se a respeito da origem do Recurso Extraordinário. Alguns viram sua fonte mais remota na Suplicação do Direito antigo português, e sua fonte próxima na Revista, que, no Direito brasileiro pré-republicano, se interpunha, em caso de nulidade ou injustiça notória, para o então Supremo Tribunal de Justiça. Não se pode negar, com efeito, certa afinidade entre o Recurso Extraordinário e esses recursos; e bem poderia ser uma evolução deles. Assim, porém, não se deu. Nos termos em que o Recurso Extraordinário entrou na legislação nacional, reconhece-se, nitidamente, sua filiação ao Direito saxônico, através do *Writ of error* dos americanos.

Com efeito, no Direito inglês havia vários recursos que se interpunham para vários graus de jurisdição, à busca sempre da verdade jurídica real. Entre esses recursos, havia o recurso de erro (*Writ of error*) destinado a corrigir erros de direito de uma corte inferior; o *Writ of error* era um ato do rei, ordenando a revisão de um *juízo* por causa de um erro; depois, tornou-se um *recurso contra qualquer alegado erro* nos processos de uma corte de *record* (côrtes que registravam os autos do processo). Para corrigir erro de fato, havia, no direito inglês, o *Writ of attaint*, com que se pleiteava novo exame da causa.

Como mostra JOÃO MENDES JÚNIOR, o *Writ of error* versava sobre uma *quaestio iuris*, como, em princípio, é o nosso Recurso Extraordinário.

“O recurso extraordinário – salienta VASCO DE LACERDA GAMA – é formal e essencialmente inglês.”

“Nasceu na Inglaterra, aí foi construído o seu berço. Aí cresceu e se desenvolveu como lei costumeira; e ainda pelo costume, como lei da mãe-pátria, passou às colônias inglesas, inclusive à América do Norte, onde foi sempre observado.”

Foi assim que o *Writ of error* entrou na legislação americana, onde, com a organização da Federação em 1787, se transformou em instrumento de unidade do Direito federal e, sobretudo, de manutenção da supremacia da Constituição Federal americana.

Com tamanha transformação, foi o instituto traduzido em dispositivo de lei, em 24 de setembro de 1789, no art. 25, do Judiciary act, reformado pelas leis de 5 de fevereiro de 1867 e 18 de fevereiro de 1875, consolidadas no U.S.R.V.S., § 709.

O *Writ of error* se interpõe para a Suprema Corte dos Estados Unidos, quando: a) se tenha levantado uma questão de validade de um tratado ou de uma lei da União ou da legitimidade de uma sua autoridade, e a decisão é contra a sua validade; b) se levanta uma questão de validade de uma lei do Estado ou da legitimidade de uma autoridade por ele exercida, em face da Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos, e a decisão é em favor da validade; c) qualquer título, direito, privilégio, ou imunidade é invocada com fundamento na Constituição, ou qualquer tratado, ou lei, ou comissão ou autoridade exercida sob os Estados Unidos, e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade especialmente fundada ou reclamada pela parte com fundamento na Constituição, tratado, lei, comissão, ou autoridade.

Ocorrendo tais pressupostos, a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciará o recurso, decidindo a final, mantendo ou reformando a decisão do tribunal recorrido.

Assim é que o *Writ of error* dos ingleses, que tinha como função primordial corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada, obteve, nos Estados Unidos, nova missão – a de sustentar a supremacia da Constituição e a autoridade das leis federais, em face das justiças dos Estados-membros.⁵³⁹

Com efeito, conforme visto quando do estudo da história do controle de constitucionalidade no Brasil, a organização jurídica da Primeira República teve inspiração direta no Direito americano. Logo, na medida em que se buscava abandonar os traços que marcavam o regime monárquico, seria natural que a conformação a ser dada ao recém-criado Supremo Tribunal Federal fosse mais próxima do seu correspondente americano do que aquela presente no seu antecessor Supremo Tribunal de Justiça. Consequentemente, a implantação do recurso extraordinário ignorou o “recurso de revista” previsto no Império.

O recurso extraordinário foi previsto, primeiramente, no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Depois, no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Constitucionalizado, enfim, na Constituição Federal de 1891. Esses atos reproduziam, em grande medida, os textos legislativos americanos sobre o *writ of error*. Assim, nascia o recurso extraordinário com a missão de instrumentalizar o Supremo Tribunal Federal para o cumprimento de sua missão mais relevante – que surgia no constitucionalismo republicano – de guardião da Constituição Federal e do Direito federal. À época, cabe rememorar, o recurso era cabível diante de violações tanto à Constituição quanto às leis federais, o que veio a mudar com a Constituição de 1988, que criou o Superior Tribunal de Justiça e a ele deslocou as competências, até então do Supremo Tribunal, de preservação da unidade e uniformização da interpretação do Direito federal.

Tem-se, portanto, que a finalidade do recurso extraordinário é, com assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA, eminentemente político-constitucional. Por intermédio dele, manifestam-se o interesse individual da parte, que busca o reconhecimento do seu direito subjetivo, e o interesse público na garantia da própria Ordem Jurídica. Sem embargo de sua finalidade, não se pode deixar de consignar que a natureza do instituto é processual, porque consiste em meio disponibilizado às partes para impugnação de decisões judiciais. Destaque-se, entretanto, que o julgamento do caso concreto em sede de recurso extraordinário – que é, ao cabo, instrumento do controle difuso, não se esqueça – passa a ser um pretexto (ou, em outros termos, uma condição de possibilidade) para que o Supremo Tribunal Federal cumpra com a finalidade do instrumento e sua própria: a de salvaguarda da supremacia e unidade da Constituição. Nesse sentido, cabe transcrever as lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

⁵³⁹ SILVA, *op. cit.*, 1963, pp. 26-29.

Supremo Tribunal Federal e Recurso Extraordinário complementam-se pela identidade de função. Um não se compreenderia sem o outro, no que tange à matéria constitucional.

Do Recurso Extraordinário se pode afirmar o mesmo que dissera CALAMANDREI da cassação italiana: permite ao Supremo Tribunal fazer com que marchem, a igual passo, o interesse individual na justiça do caso singular e o interesse público na interpretação exata da lei em abstrato.

Seu fundamento e sua finalidade são, pois, político-constitucionais. Mas isto não lhe tira o caráter, eminentemente, processual. É um meio processual que o Estado pôs à disposição das partes, para que, defendendo o próprio interesse subjetivo, dêem ao Pretório Excelso o instrumento de controle da unidade do Direito nacional e, sobretudo, da supremacia da Constituição.⁵⁴⁰

O problema em relação ao recurso extraordinário no Direito brasileiro frente à sua inspiração de matriz americana consistiu no fato de que: “Transplantou-se o recurso, mas não se podia transplantar uma tradição uma tradição jurisprudencial e doutrinária que, na América do Norte, lhe dera base segura e aprimorada, para a Federação americana”.⁵⁴¹ Com efeito, a despeito da relevância do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional que se inaugurou no Brasil a partir da República, a tradição jurídica nacional, de origem no sistema da *civil law*, inviabilizaram o sucesso da finalidade política do recurso extraordinário. A ausência do reconhecimento de efeito vinculante à decisão proferida no recurso extremo pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro permitiu com que juízes e tribunais ignorassem, sem qualquer cerimônia, as diretrizes fixadas nos precedentes da Suprema Corte. Diante de um sistema de vinculação direta do juiz à lei, mas não à interpretação a ela dada por órgão judiciário de superior instância, era dado aos juízes e tribunais, por mais absurdo que isso possa parecer a alguém oriundo do sistema da *common law* – e, em verdade, a qualquer um que preze por um mínimo de racionalidade do sistema jurídico – discordar das teses do Supremo Tribunal Federal e julgar em sentido oposto, seja declarando constitucional o que havia sido dado como inconstitucional, declarando inconstitucional o que fora reconhecido como constitucional ou dando interpretação diversa àquela fixada pela Suprema Corte.

A par disso, contribuíram para a desolação do recurso extraordinário no Brasil as circunstâncias de um modelo objetivo de admissão dos recursos, sem qualquer mecanismo de filtragem, e o âmbito de enquadramento nas hipóteses recursais que restou sobremaneira ampliado ao longo da história, seja porque as constituições brasileiras foram ficando mais longas e analíticas, seja porque houve uma constante centralização de competências legislativas na esfera federal (relembrando que, até a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal era a última instância em matéria de direito federal infraconstitucional, cujo descumprimento também desafiava a interposição de recurso extraordinário). Percebe-se, portanto, que o

⁵⁴⁰ SILVA, *op. cit.*, 1963, pp. 106-107.

⁵⁴¹ SILVA, *op. cit.*, 1963, p. 30.

panorama enfrentado pelo recurso extraordinário ao longo do tempo não foi o mesmo do *writ of error* no Direito americano e nem mesmo aquele em que foi criado no exórdio da República e na Constituição de 1891.

Na Primeira República brasileira – da mesma forma que no sistema jurídico dos Estados Unidos –, o texto (parâmetro) constitucional revelava-se mais enxuto e as competências federais mais escassas, tendo, como consequência prática, a redução substancial da possibilidade de acesso à jurisdição recursal do Supremo Tribunal Federal. Contudo, conforme as constituições brasileiras foram expandindo o tamanho de seus textos e ampliando as competências legislativas da União, o âmbito de cabimento do recurso extraordinário também foi sendo dilatado. Somem-se a essas causas o descaso do Judiciário com qualquer noção de coerência e unidade do sistema jurídico e a ausência de filtros recursais e o resultado foi uma enxurrada de processos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal, que se via cada vez mais incapaz de dar vazão às demandas.

Essa multiplicação de demandas individuais com discussões de questões constitucionais e/ou federais acarretou um verdadeiro abarrotamento de recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal. A disfuncionalidade do sistema tornou-se patente, com o congestionamento de recursos a serem julgados, a escancarar a ineficiência para a entrega de uma prestação jurisdicional justa. Com isso, a demora para a solução do conflito retarda a pacificação social e causa ainda mais instabilidade às relações jurídicas.

Era premente, portanto, encontrar meios para resolver o problema da sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Destaque-se, como primeira medida relevante para racionalizar o sistema, a já apregoada implementação da Súmula de Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal nos idos de 1963-1964. A medida, contudo, não foi suficiente para conter o avanço da quantidade de processos estocados na Suprema Corte.

Poteriamente, já na vigência da Constituição de 1967/1969 – sob a qual o recurso extraordinário era vocacionado não apenas ao trato de questões constitucionais, mas também temas relativos a tratados e leis federais – foi instituída, pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, a arguição de relevância das questões federais. A reforma constitucional transformou o parágrafo único do art. 119 daquela Constituição em § 1º, que passou a prever que o Supremo Tribunal Federal, em seu regimento interno, indicaria as causas a serem julgadas em repercussão geral que atendam “à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da

questão federal”.⁵⁴²⁻⁵⁴³ A Emenda Regimental nº 2/1985, por sua vez, acrescentou o § 1º ao art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que, disciplinando o tema, passou a estabelecer que: “entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi criado o Superior Tribunal de Justiça (instalado em 1989), dando ensejo à cisão das competências do Supremo Tribunal Federal, transferindo-se ao novo Tribunal competências para julgamentos de questões federais infraconstitucionais, remanescendo na Suprema Corte, em sua competência recursal, de forma preponderante, os assuntos relacionados à seara constitucional. Com isso, o filtro recursal da “arguição de relevância” do regime constitucional anterior foi extinto, acreditando-se à época, conforme relatam LUÍS ROBERTO BARROSO e FREDERICO MONTEDONIO REGO, que a criação de uma nova Corte Superior e o deslocamento de parte das atribuições do Supremo Tribunal Federal a esse novo órgão judiciário seriam medidas suficientes para resultar em uma diminuição da sobrecarga de processos. Porém, é fato notório que a disfuncionalidade do sistema se manteve, ponderando os autores que a “criação do STJ, no entanto, não foi capaz de desafogar o STF, encontrando-se hoje ambas as Cortes notoriamente sobrecarregadas”.⁵⁴⁴ Compartilhando dessa mesma visão crítica, TERESA ARRUDA ALVIM e BRUNO DANTAS

⁵⁴² Nesse sentido, destaque-se a posição de Fábio Martins de Andrade, que indica que a criação do instituto da “arguição de relevância das questões federais” foi uma resposta à necessidade de sanar o assoberbamento de processos de que sofria Supremo Tribunal Federal. Nas palavras do autor: “A justificativa para o estabelecimento daquele requisito de admissibilidade do recurso extraordinário era igualmente o excesso da carga de trabalho ao qual estavam submetidos os Ministros da Suprema Corte, bem como a “ordinarização” do Tribunal, que se via frequentemente transformado em órgão judicante de terceira instância. Assim, a necessidade de reservar ao Supremo Tribunal Federal o exame apenas das questões mais relevantes foi o motivo de criação daquele instituto” (ANDRADE, Fábio Martins. A regulamentação da repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários: EC nº 45/2004, Lei nº 11.418/2006 e Emenda Regimental do STF nº 21/2007. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, a. 45, n. 177, jan./mar. 2008, p. 83/94, p. 88. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160331/Regulamenta%C3%A7%C3%A3o_repercuss%C3%A3o_geral_177.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em 26/12/2022).

⁵⁴³ Ressalte-se que, antes mesmo da vigência da EC nº 7/1977, desde a aprovação da Emenda Regimental nº 3/1975, o Regimento Interno do STF já previa, em seu art. 308, uma cláusula de não cabimento de recursos extraordinários “*salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal*” em determinadas demandas elencados na norma. Contudo, esse critério para filtragem de recursos extraordinários somente passou a ter amparo naquela Constituição Federal com a entrada em vigor da EC nº 7/1977.

⁵⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto e REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n.º 3, pp. 695-713, Dez. / 2017, p. 698. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824>. Acesso em 26/12/2022.

Sobre a extinção do filtro recursal da “arguição de relevância”, destaca Rubens Beçak que: “Assim, vamos perceber que o Supremo Tribunal Federal voltará, mais de 10 anos após a reforma de 1977, à mesma situação então preexistente, ou seja, um congestionamento perceptível dos Recursos Extraordinários a ele submetidos, situação nada desejável, sobretudo se a ela se somar a constatação do agigantamento da demanda judicial como um todo e, no caso do STF, particularmente, do número de processos de controle por via de ação.” (BEÇAK, Rubens. Controle difuso (aspectos gerais). In BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge e AGRA, Walber de Moura (coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1591)

apontam para “o equívoco do constituinte em imaginar que a mera criação de tribunal seria suficiente para aplacar a crise. Como destacamos, em vez de um tribunal em crise (STF), temos agora dois (também o STJ)!”⁵⁴⁵

Ainda, cumpre destacar a tentativa de aliviar a carga de processos no Supremo Tribunal Federal com a edição da Lei Federal nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que, alterando o então Código de Processo Civil de 1973 (Lei Federal nº 5.869/1973), nele inseriu o § 3º ao art. 542, que passou a prever a retenção dos recursos extraordinários interpostos contra decisões interlocutórias proferidas em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução.⁵⁴⁶ Entretanto, diante de um cenário de crescimento do volume de processos, detacam LUÍS ROBERTO BARROSO e FREDERICO MONTEDONIO REGO a necessidade de implantação, na disciplina dos recursos extraordinários, de filtros de relevância, assim “definidos como mecanismos qualitativos de seleção de causas a serem julgadas” pela Suprema Corte.⁵⁴⁷

Convém consignar, por interessante, que essa necessidade de implementação de “filtros de relevância” para os recursos que chegam às Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais revela-se presente em diversas partes do globo, muito em razão, segundo assinalam LUÍS ROBERTO BARROSO e FREDERICO MONTEDONIO REGO, da posição de destaque a que foi elevado o Poder Judiciário em causas de proteção dos direitos fundamentais a partir do período pós Segunda Guerra Mundial. Atente-se para o fato de que esse sobrecarregamento não é prerrogativa dos países que adotam o modelo difuso de controle de constitucionalidade, sendo também verificado nos países de modelo concentrado. De acordo com a exposição dos autores:

Desde o final da 2ª Guerra Mundial, deu-se uma expressiva ascensão institucional do Poder Judiciário na vida dos países, trazendo como consequência um aumento crescente da demanda por prestação jurisdicional. Diante desse fenômeno, tribunais superiores de todo o mundo viram-se confrontados por um volume de processos superior à sua capacidade de trabalho. Em razão disso, tem-se difundido o uso de “filtros de relevância” em tribunais de muitos países, como Alemanha, Argentina, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Japão e Reino Unido. Filtros de relevância são aqui definidos como mecanismos qualitativos de seleção de causas a serem julgadas. A necessidade de um filtro de relevância também foi sentida no Brasil, devido ao assobramento do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente quanto aos recursos extraordinários. Não se trata de um problema novo, tanto que é discutido

⁵⁴⁵ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*: precedentes no direito brasileiro. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 478.

⁵⁴⁶ CPC/1973, art. 542: “§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.”

⁵⁴⁷ BARROSO e REGO, *op. cit.*, p. 698

desde as primeiras décadas do século passado, tendo sido enfrentado por mecanismos diversos.⁵⁴⁸

Cumprir relatar, por exemplo, o desenvolvimento do tema da filtragem recursal no âmbito da Suprema Corte americana, cuja solução viria a ter profunda influência no desenvolvimento do filtro da “repercussão geral” no Direito brasileiro. Conforme indicado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a constituição americana cuidou de outorgar à Suprema Corte competências originárias e recursais, sendo que, em matéria recursal, previu apenas recursos oriundos da justiça federal. Foi com o Judiciary Act de 1789 que se criou o mecanismo do *Writ of error*, com base no qual passou-se a admitir a revisão das decisões provenientes das justiças estaduais. Posteriormente, a legislação passou a estabelecer que o acesso à jurisdição recursal da Suprema Corte dar-se-ia por meio do “*Appeal*”, de conhecimento obrigatório quando preenchidos os seus requisitos, ou por intermédio do “*Writ of certiorari*”, cuja admissão era discricionária. Em 1988, com o advento do *Supreme Court Case Selections Act*, o uso do *Appeal* foi substancialmente restringido, restando, na prática, apenas o mecanismo de conhecimento discricionário do *Writ of certiorari*. Sobre o tema, convém transcrever as lições mais detalhadas do ilustrado processualista:

O recurso extraordinário é instituto de origem norte-americana. Nos Estados Unidos, porém, não foi criado pela Constituição Federal, nem pelas emendas ao seu texto. A Constituição deu à Corte Suprema competência originária e competência recursal (*appellate jurisdiction*) no tocante a certas causas; mas, em matéria de recursos, só se referiu aos interpostos contra decisões dos órgãos judiciários inferiores da União. Foi o *Judiciary Act de 1789* que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União. Acoimou-se de inconstitucional, mais de uma vez, essa própria atribuição de competência, feita por lei ordinária; mas a Corte, através de duas decisões famosas, nos casos *Martin v. Hunter's Lessee* e *Cohens v. Virginia*, deu por válida a norma.

Legislação posterior orientou-se no sentido de conferir à Corte Suprema, de modo explícito e em termos de crescente amplitude, o poder de reexaminar decisões dos Estados, quer por meio do *appeal* (denominação dada ao *writ of error* pelo novo *Judiciary Act de 1925*), quer do *writ of certiorari*. As hipóteses de cabimento de cada um desses dois remédios foram definidas em textos próprios (28 U.S.C., § 1.257, n.ºs 1 e 2 para o *appeal*, n.º 3 para o *writ of certiorari*). Era em princípio obrigatório para a Corte o conhecimento do *appeal*, quando cabível, ao passo que, nos casos de *certiorari*, conforme a *Rule 17* (antes, 19) da Corte, a revisão do pronunciamento do tribunal estadual não seria “*a matter of right, but of sound judicial discretion*” (cf. a atual *Rule 10*). Firmou-se a necessidade, em regra, dos votos de quatro *Justices*, no mínimo, para o deferimento da *petition*, no sentido de conhecer-se da matéria. Interessante notar que havia superposições na fixação dos pressupostos de cabimento do *appeal* e do *certiorari*, de modo que, nalgumas hipóteses, tanto se podia tentar o acesso à Corte por uma via quanto por outra; o mais aconselhável, praticamente, aí,

⁵⁴⁸ BARROSO e REGO, *op. cit.*, pp. 697-698. Nesse sentido: ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 474-476.

era utilizar o *appeal*, cujo conhecimento escapava ao juízo discricionário da Corte, ao menos na medida amplíssima em que ela o exercitava no tocante ao *certiorari*. Por outro lado, a escolha errônea do *appeal* não prejudicava necessariamente a parte: facultava-se à Corte conhecer do recurso como se se tratasse de uma *petition for writ of certiorari* (28 U.S.C., § 2.103).

Modificou-se a situação em 1988, por força da *Supreme Court Case Selections Act*, que restringiu drasticamente o uso do *appeal* como meio de provocar a revisão. Praticamente, remanesce apenas a via do *certiorari*, sujeita, como já se acentuou, à plena discricção da Suprema Corte. Evolução semelhante experimentou o mecanismo previsto no § 1.254 para o reexame de decisões dos tribunais federais de segundo grau.⁵⁴⁹

De outro lado, no Brasil, a criação de um novo Tribunal Superior que dividisse as tarefas com o Supremo Tribunal Federal não trouxe os resultados esperados, tendo como desfecho, no lugar de um, dois Tribunais Superiores inundados de processos. A manutenção de um modelo recursal de “conhecimento obrigatório” contrastou com as experiências mais exitosas de outros sistemas jurídicos estrangeiros. Sobre isso, LUÍS ROBERTO BARROSO e FREDERICO MONTEDONIO REGO consignam que:

A criação do STJ, no entanto, não foi capaz de desafogar o STF, encontrando-se hoje ambas as Cortes notoriamente sobrecarregadas. Paralelamente, países filiados tanto ao civil law quanto ao common law continuaram a ter experiências exitosas com os filtros de relevância. Nos EUA, segundo a Regra 10 das Rules of the Supreme Court, a Suprema Corte exerce uma jurisdição amplamente discricionária, podendo deixar de conhecer causas sem motivação, desde que o faça por ao menos dois terços dos seus juízes: tal quorum qualificado — regra consuetudinária — serve como contrapeso ao exercício da discricionariedade na concessão do *certiorari*. De forma semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão pode inadmitir uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) sem motivação (BVerfGG, § 93d, (1)), desde que o faça por unanimidade, se o caso for julgado em uma das Câmaras, ou por três quartos dos juízes, se o caso for de competência de um dos Senados. Na França, onde as decisões sempre são unânimes, a Corte de cassação pode inadmitir recursos por “decisões não especialmente motivadas” (CPC francês, art. 1.014), prática já validada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, à luz do dever de motivação decorrente do art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (caso *Burg et autres c. France*, j. 28/1/2003, entre outros). Em suma: países de distintas tradições jurídicas, com elevado grau de respeito às garantias processuais das partes em geral, e ao dever de motivação em particular, deixam de motivar as decisões de inadmissão de recursos que não superam o teste da relevância. Por tal razão, tais decisões têm efeitos restritos ao caso concreto, não servindo como precedentes.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 577-579.

Nesse mesmo sentido, assinalam Jerome A. Barron e C. Thomas Dienes que: “The principal route now for obtaining Supreme Court review of lower court decisions is by means of *certiorari*. See 28 U.S.C.A. §§ 1254 and 1257. The *certiorari* jurisdiction is a discretionary one. Therefore, this means that the Supreme Court has almost complete control over whether or not it will take a case. Jurisdiction by *appeal*, technically a matter of right, still is available in the limited number of cases where a three judge federal courts must be convened” (BARRON, Jerome A., e DIENES, C. Thomas. *Constitutional law* (in a nutshell). 6th edition, Saint Paul (MN): West Publishing Co. (Thomson), 2005, pp. 16-17)

⁵⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto e REGO, Frederico Montedonio, *op. cit.*, p. 698

Assim, mantidas as causas históricas para a disfunção do sistema recursal do Supremo Tribunal Federal – e, agora, também do Superior Tribunal de Justiça –, dentre outras causas de ineficiência do Judiciário, inúmeras foram as críticas que culminaram na realização de uma Reforma do Judiciário por meio da aprovação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Em sua Exposição de Motivos, constou o diagnóstico de que “a Justiça brasileira é cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhe deve”. Demandava-se, assim, uma ampla reforma do Judiciário para a superação da crise. Uma vez que a quantidade exorbitante de recursos extraordinários pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal à época indubitavelmente fazia parte dessa crise do Judiciário, também foi objeto de atenção pelo Poder Constituinte Reformador.

Exatamente nesse contexto, a discussão de um filtro de relevância foi reavivada e a Reforma trouxe para a sistemática dos recursos extraordinários o instituto da “repercussão geral”.⁵⁵¹ O novo mecanismo de filtragem recursal teve, em primeiro lugar, nítida inspiração na “arguição de relevância” prevista na Constituição anterior.⁵⁵² Apesar de algumas diferenças procedimentais entre o instituto da “arguição de relevância” e da “repercussão geral”, é certo que ambos foram criados com a justificativa de impor um filtro às questões submetidas ao Supremo Tribunal Federal por via recursal, com o intuito de reduzir o volume de recursos a serem apreciados pelo órgão de cúpula para adstringir sua análise a questões consideradas mais relevantes. De outro lado, não há como deixar de mencionar as influências estrangeiras que animaram a criação da repercussão geral.⁵⁵³ Sobre o tema, cabe colacionar o escólio de LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO:

⁵⁵¹ Como destaca André Ramos Tavares: “Diversas eram as opiniões e estudos demonstrando a inviabilidade de um sistema recursal de ampla admissibilidade, bem próximo de um controle popular (Tavares, 1998: 88), como vigorava anteriormente à EC 45/2004 e como já havia existido em outros momentos da história nacional pré-88 (cf. Salazar, 1975:2003). É que ‘um grande volume de processos não significa exatamente um incremento na defesa da Constituição’ (Tavares, 2005: 411). Além disso, era necessário, como pretendeu a Reforma, resgatar a ‘excepcionalidade’ do recurso extraordinário no sistema jurídico pátrio (cf. Tavares, 2003a: 296), permitindo ao tribunal criar ‘espaços próprios’ (Morello, 1997: 4) de atuação” (TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 210).

⁵⁵² Conforme Barbosa Moreira: “Assim se ressuscitou, de certo modo, mas em termos diferentes, a antiga ‘arguição de relevância da questão federal’, que a Corte Suprema, no exercício do poder então constitucionalmente previsto, regulava em seu Regimento Interno (Emenda nº 3, de 12.6.1975; depois, Emenda nº 2, de 4.12.1985)” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 584). De acordo com a visão de André Ramos Tavares: “A expressão utilizada aqui, pela Reforma, foi, contudo, inovadora, falando em ‘repercussão geral’ e substituindo, assim, a expressão precedente (‘arguição de relevância’). Mas essa ‘repercussão geral’ nada mais é, em sua *essência*, do que a antiga ‘arguição de relevância’, muito embora com novo regime” (TAVARES, *op. cit.*, 2005a, p. 215).

⁵⁵³ Segundo Barbosa Moreira: “A fonte inspiradora é sempre a prática da *Supreme Court* norte-americana, na apreciação das *petitions for certiorari*” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 584).

É nessa mesma quadra que se insere, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre, consoante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.

Além da clássica prática da *Supreme Court* estadunidense do *writ of certiorari* (Regra 10 da Suprema Corte dos Estados Unidos), conhecido, em suma, apenas nos casos de *sufficient public importance*, muitos outros países praticam semelhante sistema de seleção de causas para exame pelas Cortes Supremas. No direito alemão, viabiliza-se o acesso ao *Bundesgerichtshof*, órgão de cúpula do Poder Judiciário germânico, em recurso de *Revision* (§ 543, n. 2, ZPO), apenas quando a causa decidida ostentar uma “significação fundamental” (“*grundsätzliche Bedeutung*”) ou for necessária uma pronúncia da Corte para “desenvolver o direito” (“*Fortbildung des Rechts*”) ou “assegurar uma jurisprudência uniforme” (“*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*”). No direito argentino, por exemplo, a Corte Suprema pode não conhecer de recurso extraordinário “*por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*” (art. 280, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*).

Em todos esses casos a mesma razão encontra-se presente: velar pela unidade do Direito através do exame de casos significativos para a ótima realização dos fins do Estado Constitucional, sem sobrecarregar o Supremo Tribunal com o exame de casos sem relevância e transcendência, cujas soluções não importem, tudo somado, contribuição do Supremo Tribunal Federal para compatibilização vertical das decisões e/ou desenvolvimento do Direito brasileiro.⁵⁵⁴

A criação da repercussão geral foi feita, então, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988, que passou a prever que, para a interposição do recurso extraordinário, é obrigatório à parte demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no respectivo caso – demonstração essa a ser feita nos termos de lei regulamentadora –, cabendo ao Supremo Tribunal Federal examinar a admissão do recurso, admitindo a sua recusa, desde que, nesse sentido, reúnam-se os votos de dois terços de seus membros.⁵⁵⁵

O instituto da repercussão geral nasce, assim, como mecanismo de filtragem recursal, tendo a natureza de requisito intrínseco e genérico de admissibilidade do recurso extraordinário.⁵⁵⁶ Em relação ao conteúdo desse requisito, isto é, sobre o que se deveria entender por “repercussão geral”, preferiu o Constituinte Reformador reservar ao legislador o papel de fazê-lo, prevendo, no citado § 3º do art. 102 da Constituição Federal, que a

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 24-26.

⁵⁵⁵ CF/1988, art. 102: “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁵⁵⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p. 584. Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Os pressupostos de admissibilidade recursal reputam-se intrínsecos quando concernem à existência, ou não, do poder de recorrer. São considerados extrínsecos, ao contrário, quando atinam ao modo de exercer esse poder. No primeiro grupo entram o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade para recorrer e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer. Acresce-se a esse rol, em caso de recurso extraordinário ou recurso especial, o enfrentamento da questão constitucional ou federal na decisão recorrida. No segundo, a regularidade formal da peça recursal, a tempestividade, o preparo e a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer.” (MARINONI e MITIDIERO, *op. cit.*, pp. 38-39)

demonstração da existência de repercussão geral dar-se-ia “nos termos da lei”. Em razão disso, sobreveio a Lei Federal nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, alterando o então Código de Processo Civil de 1973 para o fim de disciplinar o novel requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, acrescentando, com isso, os arts. 543-A e 543-B ao Digesto Processual.

Conforme disciplina legal então vigente, entendia-se por repercussão geral (conteúdo) “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (§ 1º do art. 543-A do CPC/1973). Vê-se, portanto, que o legislador estabeleceu quesitos cumulativos (ou um binômio) para a caracterização da repercussão geral: a relevância e transcendência da questão de constitucionalidade presente no caso.⁵⁵⁷ A repercussão geral, enquanto requisito de admissibilidade, deve ser apresentada como preliminar da peça recursal, devendo estar devidamente fundamentada pelo recorrente, sob pena de o recurso ser recusado.⁵⁵⁸

Em caso de multiplicidade de recursos que versassem sobre a mesma questão constitucional, previu-se que o tribunal ou órgão de origem deveria selecionar um ou mais recursos que fossem representativos da matéria para encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais (art. 543-B, § 1º, do CPC/1973). Caso negada a existência de repercussão geral nos recursos paradigmas, os efeitos seriam estendidos aos demais recursos sobrestados, que passariam a ser considerados como não admitidos (§ 2º do art. 543-B do CPC/1973). Por outro lado, caso admitida a existência de repercussão geral e julgado o mérito recursal, caberia aos tribunais ou órgãos de origem verificar a conformidade dos respectivos acórdãos com a decisão proferida pelo Excelso Sodalício, podendo julgar prejudicado o recurso sobrestado ou exercer de pronto o juízo de retratação conforme a decisão recorrida estivesse ou não adequada àquela proferida no recurso paradigma.

⁵⁵⁷ Nesse sentido, prelecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, destarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.” (MARINONI e MITIDIERO, *op. cit.*, p. 40). Ainda, cabe assinalar que, para Marcelo Figueiredo: “O autor [Eduardo Talamini] aponta que a repercussão geral pode se referir à relevância do resultado do julgado ou à relevância transcendental da matéria discutida como premissa para o provimento jurisdicional do STF, ou seja, pode-se falar em ‘uma repercussão concreta e uma repercussão ideal’. A primeira se relaciona com a relevância do comando decisório em relação às partes. Por outro lado, a repercussão ideal está presente se a matéria discutida for em si mesma relevante. Mas, qualquer das duas hipóteses, quando configurada, basta para o cumprimento do pressuposto em exame. Não precisam acumular-se.” (FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 31)

⁵⁵⁸ Conforme o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF): “Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.” (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

Desde a sua conformação inicial, a repercussão geral produziu relevantes impactos no modelo difuso de controle de constitucionalidade. Com efeito, na linha do que já antevira OSCAR VILHENA VIEIRA, antes mesmo da Reforma do Judiciário de 2005, ao debater a introdução de mecanismos de filtragem recursal no Supremo Tribunal Federal, tem-se que a repercussão geral teve por efeito imediato fortalecer o controle difuso, na medida em que, ao impedir que todos os casos chegassem ao órgão de cúpula, acabou por prestigiar as decisões proferidas pelas instâncias de origem, que passariam, então, a ser definitivas. Nas palavras do eminente autor, que seguem aplicáveis ao contexto pós-Reforma:

Em segundo lugar, poder-se-ia fortalecer as instâncias inferiores e limitar o acesso ao Supremo Tribunal Federal. Se criássemos uma arguição de relevância, semelhante à que tivemos, ou nos moldes do *writ of certiorari*, da Suprema Corte americana, estaríamos dando aos Ministros do Supremo a possibilidade de controlarem a porta de acesso ao tribunal. Ao reduzir o número de recursos extraordinários e agravos de instrumento, por falta de relevância, num juízo discricionário, estariam implicitamente reafirmando a decisão dos tribunais inferiores, portanto fortalecendo-os.⁵⁵⁹

Alerte-se que essa visão de fortalecimento do controle difuso é apegada a um aspecto específico do modelo, que diz respeito ao critério de classificação do sujeito que realiza o controle. Nesse sentido restrito, a noção de controle difuso impõe a possibilidade do exercício do controle por diversos órgãos. Para além disso, contudo, o que se observa é que o fortalecimento do controle difuso não se restringe ao mero critério subjetivo de classificação dos modelos de controle. Tomada a noção de “modelo difuso” ou “controle difuso” sob perspectiva mais ampla, entendendo que o controle difuso no Direito brasileiro, para além de um específico critério, é também sinônimo de “controle concreto”, “controle incidental”, “controle por via de exceção ou defesa”, é possível notar que a repercussão geral trouxe profundo impacto na estrutura desse modelo com o passar do tempo e de sua aplicação.

Com efeito, a repercussão geral passou por profunda transformação nos anos que se sucederam à sua criação. Com isso, de mero requisito de admissibilidade recursal, a repercussão geral transformou-se significativamente – passou por uma mutação constitucional, arrisca-se a dizer –, passando a qualificar os efeitos da própria decisão proferida em recurso extraordinário, que ganha efeitos transcendentais ou, pode-se dizer, efeitos *erga omnes*. Assim, hodiernamente, o instituto da repercussão geral é, ao mesmo tempo, requisito recursal e efeito da decisão. Prova mais consistente disso foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 422.349/RS, momento

⁵⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros editores, 2002, p. 225.

em que a noção de repercussão geral foi inteiramente transfigurada, abandonando-se por completo a sua caracterização como mero requisito recursal. Cabe depurar o teor da decisão.

O litígio subjacente ao Recurso Extraordinário nº 422.349/RS dizia respeito à usucapião especial urbana, instituto fundado no art. 183 da Constituição Federal, que prevê condições especiais para aquisição originária da propriedade urbana por meio do decurso de prazo prescricional.⁵⁶⁰ Ocorre que o pedido havia sido indeferido nas instâncias ordinárias em razão de restrição de metragem do lote mínimo imposta pela lei que instituiu o plano diretor do município. Foi interposto o recurso extremo pela parte sucumbente, chegando ao Supremo Tribunal Federal para distribuição em 22 de abril de 2004, data anterior, deve-se salientar, à vigência da Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004) que criou a repercussão geral, bem como à Lei Federal nº 11.418/2006, que a regulamentou. Desse modo, inexistente o requisito recursal à época da interposição, o exame de admissibilidade deu-se de forma objetiva, conforme as regras da época.

Os autos do processo foram inicialmente distribuídos para a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, substituído pelo Ministro Menezes Direito e, por fim, pelo Ministro Dias Toffoli. O recurso foi levado a julgamento perante a Primeira Turma (órgão fracionário) do Tribunal. Todavia, na sessão de julgamento realizada em 27 de abril de 2010, o Ministro Marco Aurélio, ao pedir a palavra, suscitou a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, de modo que o caso, por força da cláusula de reserva de plenário, deveria ser remetido para julgamento pelo Plenário da Corte. A proposta foi acolhida pela Turma, que remeteu o caso ao Tribunal Pleno.

O recurso extraordinário foi, então, levado a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de dezembro de 2014. De início, suscitou o Ministro Marco Aurélio, mais uma vez, questão de ordem sobre a necessidade de respeito ao quórum constitucional para declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a sua posição de que a lei local conflitava com a Constituição, bem como ressaltou que, tendo em vista a “teoria da lei no tempo”, não se poderia aplicar a triagem da repercussão geral ao caso, sendo o recurso anterior à criação do instituto. O Ministro relator insistiu em apresentar o seu voto, dando provimento ao recurso, apresentando como fundamento a impossibilidade de opor-se restrição ao direito à usucapião urbana especial com base em legislação infraconstitucional que estabeleça tamanhos mínimos

⁵⁶⁰ CF/1988: “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

de lote. Ressaltou, contudo, que não declarava a inconstitucionalidade da lei municipal, que seguia válida para disciplinar o tamanho mínimo do lote urbano para fins de parcelamento do solo. Contudo, o Ministro Relator foi além e, julgando, agora, a questão de ordem apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, assentou que – e vale a pena transcrever:

E, também, no que diz respeito à repercussão geral, eu entendo que o caso é de envergadura, e a rejeição da repercussão geral precisa de oito votos; para sua aprovação, bastam quatro. Se quatro colegas aqui entenderem pela possibilidade da repercussão geral, isso é o suficiente para atribuí-la a este feito. Mesmo com relação a recursos propostos antes de 2007, quando se passou a adotar a repercussão geral, há vários precedentes em que nós reconhecemos a repercussão geral das matérias ali tratadas. Esta de que ora nos ocupamos é de extrema relevância, como já anotara Vossa Excelência, presidindo a sessão. Vossa Excelência, que também é um estudioso desse campo urbanístico – que eu sei – e municipal, já apontara isso aqui.

O julgamento deste caso será extremamente útil para a regularização de loteamentos irregulares e a aquisição originária da propriedade em muitos casos que acabam sendo obstados por leis municipais, pelas regras do parcelamento do solo urbano, as quais não deveriam obstar, de nenhuma forma, a incidência vertical do art. 183 da Constituição Federal, que diz que aquele que possuir, em zona urbana, para si e manter nela posse mansa e pacífica, por cinco anos, de área de até 250m², o adquire.⁵⁶¹

Em seguida, apresentou voto o Ministro Teori Zavascki, que destacou o equívoco processual cometido na Primeira Turma, uma vez que, por força da disciplina da reserva de plenário nos arts. 480 e 481 do então Código de Processo Civil de 1973, deveria o órgão fracionário ter realizado um juízo sobre a inconstitucionalidade e lavrado acórdão rementendo a questão ao Plenário. Não foi o que ocorreu. Diante disso, salientou o Ministro que:

A questão foi submetida ao Tribunal Pleno, não porque se acolheu lá a alegada inconstitucionalidade. Submeteu-se ao Pleno, porque se considerou uma matéria relevante.

De modo que, no meu entender, é possível que nós prossigamos no julgamento e, se houver aqui um juízo de inconstitucionalidade, então, sim, estabeleceríamos o incidente que deverá ser precedido da ouvida do Ministério Público.⁵⁶²

O ministro Zavascki finalizou seu voto acompanhando, no mérito, o voto do Relator. Posteriormente, a mesma posição foi adotada pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Rejeitada a questão de ordem sobre o quórum, o julgamento foi suspenso diante do pedido de vistas do Ministro Luiz Fux. O julgamento do caso somente viria a ser retomado na sessão do dia 22 de abril de 2015, quando apresentado o voto-vista do Ministro Fux, que também acompanhou o voto do Relator. Merecem destaques, contudo, suas considerações sobre

⁵⁶¹ Trecho do voto do Ministro Relator Dias Toffoli sobre a questão de ordem, apresentado na sessão de 19/12/2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 422.349/RS*. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 29/04/2015, DJe 05/08/2015.

⁵⁶² Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki apresentado na sessão de julgamento de 19/12/2014.

a aplicação do “efeito de repercussão geral” ao recurso extraordinário. Conforme o voto do Ministro Fux:

Além disso, a relevância jurídica e social da questão constitucional ora debatida é inegável, já que envolve o direito fundamental de moradia, o princípio da função social da propriedade e um instituto através do qual ambos se realizam, que é a usucapião especial urbana.

Sua transcendência também é inequívoca. Isso porque, considerado o panorama nacional de expansão acelerada da paisagem urbana, com episódios frequentes de favelização e outras formas de ocupação irregular do solo que não são adequadamente coibidas pelo Poder Público, a solução jurídica aqui adotada certamente transbordará os limites subjetivos desta lide, atingindo milhares de famílias brasileiras.

É plenamente cabível, por conseguinte, a atribuição de repercussão geral à decisão proferida no julgamento do presente recurso extraordinário, ainda que tenha sido interposto antes do surgimento do referido instituto jurídico. Nesse sentido, por sinal, já se pronunciou o Plenário do STF, no julgamento do AI 715.423 QO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 05/09/2008 (...).⁵⁶³

Após divergências quanto à extensão do provimento do recurso – defendendo o Ministro Roberto Barroso apenas o provimento parcial, no que foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio –, a atribuição de repercussão geral ao recurso extraordinário foi acolhida pela maioria. Com isso, apesar de não ter aplicado a repercussão geral para admissão do recurso, a Excelsa Corte acabou por fixar a seguinte tese de repercussão geral: “Preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)” (Tema nº 815). Tem-se, desse modo, que a repercussão geral acaba por transcender a sua natureza inicial de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e passa a qualificar os efeitos da decisão de mérito. Com isso, a decisão do recurso passa a ganhar uma eficácia *erga omnes*, algo que, até então, somente era possível com a intervenção do Senado Federal suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional (art. 52, X, da CF/1988). Como consequência, o recurso extraordinário dotado de repercussão geral passa a ganhar novos contornos jurídicos, transoformando-se em um mecanismo de controle objetivo, aproximando-

⁵⁶³ Trecho do voto do Ministro Luiz Fux apresentado na sessão de julgamento de 22/04/2015. Cabe consignar que, conforme precedente citado pelo Ministro, já havia o Supremo Tribunal Federal acolhido a tese de que era possível a aplicação da sistemática da repercussão geral, ainda que o recurso extraordinário houvesse sido interposto antes da vigência da regulamentação da repercussão geral. Havia assentado a Corte que: “Reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a relevância de determinada controvérsia constitucional, aplicam-se igualmente aos recursos extraordinários anteriores à adoção da sistemática da repercussão geral os mecanismos previstos nos parágrafos 1º e 3º do art. 543-B, do CPC. Expressa ressalva, nessa hipótese, quanto à inaplicabilidade do teor do parágrafo 2º desse mesmo artigo (previsão legal da automática inadmissão de recursos), por não ser possível exigir a presença de requisitos de admissibilidade implantados em momento posterior à interposição do recurso” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Agravo de Instrumento nº 715.423-QO*. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 11/06/2008, DJe de 05/09/2008)

se da sua vocação natural de defesa da Ordem Jurídica. Trata-se, então, da objetivação do recurso extraordinário.⁵⁶⁴

Essa mutação da repercussão geral ganharia ainda mais impacto com o novo Código de Processo Civil de 2015. De acordo com o art. 1.035, *caput*, do *Codex* Processual, o Supremo Tribunal Federal não conhecerá do recurso extraordinário se este não versar sobre questão constitucional dotada de repercussão geral. Mantendo a previsão da legislação anterior, o § 1º do dispositivo prevê que se entende por repercussão geral “a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Cumpre consignar que é da competência privativa da Suprema Corte analisar a existência de repercussão geral (art. 1.035, § 2º, do CPC/2015).

Um primeiro indício de reconhecimento da objetivação do recurso extraordinário consta do art. 1.035, § 4º, do Código de Processo Civil, que passou a admitir a interveção de terceiros no julgamento da existência de repercussão geral.⁵⁶⁵ Também para fins de julgamento do mérito recursal, admite a legislação processual a intervenção de terceiros (pessoas, órgãos ou entidades) e a realização de audiências públicas (art. 1.038 do CPC/2015).⁵⁶⁶ Outrossim, há a previsão, no § 5º do mesmo art. 1.035, de suspensão, em todo o território nacional, dos demais processos pendentes, individuais ou coletivos, que tratem da mesma questão constitucional.⁵⁶⁷ Atente, também, para a previsão de preferência no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ Prefere-se o emprego do termo “objetivação” em lugar de “abstrativização”, tendo em vista que o recurso extraordinário segue sendo um mecanismo de controle difuso exercido a partir de um caso concreto. Vale dizer: para promover a defesa do Direito objetivo, o Supremo Tribunal Federal ainda precisa julgar o caso concreto subjacente ao recurso. Desse modo, não há se falar em “abstrativização” do recurso extraordinário, na medida em que ainda há um caso concreto que dá ensejo ao controle. Diferentemente, é acertado falar em objetivação, na medida em que o caso concreto (controle subjetivo) passa a ser o pretexto para atingir o escopo maior, que é a defesa da higidez do Ordenamento Constitucional (controle objetivo). Logo, a partir dos critérios de classificação dos modelos de controle de constitucionalidade, tem-se que a repercussão geral impacta na finalidade do controle (subjetivo x objetivo) e não em relação ao contexto fático (concreto x abstrato).

⁵⁶⁵ CPC/2015: “Art. 1.035 (...) § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

⁵⁶⁶ CPC/2015: “Art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se. § 1º No caso do inciso III, os prazos respectivos são de 15 (quinze) dias, e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico. (...)”

⁵⁶⁷ CPC/2015: “Art. 1.035 (...) § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”

⁵⁶⁸ CPC/2015: “Art. 1.035 (...) § 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.” A previsão é repetida no art. 1.038 do CPC/2015: “§ 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o

Além disso, em caso de julgamento de recursos extraordinários repetitivos, o art. 1.039 do Código de Processo Civil estipula que a decisão deverá ser observada pelos demais órgãos judiciários colegiados, observando a tese fixada em repercussão geral.⁵⁶⁹ Ainda, após a publicação do “acórdão paradigma”, o art. 1.040 do Digesto Processual preconiza que caberá aos órgãos de origem analisar os recursos extraordinários sobrestados e verificar a aplicação da tese de repercussão geral.⁵⁷⁰

O “descolamento” do recurso extraordinário do mero interesse subjetivo das partes litigantes fica evidenciado pelo art. 998 do Código Adjetivo de 2015, que prevê a possibilidade de desistência do recurso, mas ressalva que a desistência não impedirá “a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.⁵⁷¹

Com relação aos efeitos da decisão de mérito do recurso extraordinário, o art. 1.030 do Código de Processo Civil reforça a sua eficácia *erga omnes*, prevendo a sua aplicação a outros recursos extraordinários pendentes do primeiro juízo de admissibilidade pelas instâncias de origem.⁵⁷² Com isso, a decisão do Supremo Tribunal Federal não mais depende da intervenção do Senado Federal para produzir eficácia *erga omnes*, fazendo equivaler, portanto, os efeitos das decisões tomadas no controle concentrado e difuso. Essa circunstância restou reconhecida expressamente pela Corte ao assentar que:

julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”.

⁵⁶⁹ CPC/2015: “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.”

⁵⁷⁰ CPC/2015: “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

⁵⁷¹ CPC/2015: “Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.”

⁵⁷² CPC/2015: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; (...).”

(...) não procede a tese ventilada na contestação de que a decisão desta Suprema Corte proferida ao julgamento do Tema nº 810 da sistemática de repercussão geral careceria de eficácia erga omnes, à míngua de resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Lei Maior.

9. Nos termos do disposto no Código de Processo Civil de 2015, deve-se reconhecer o caráter expansivo das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. (...)

12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexistente a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.⁵⁷³

Mais do que isso, o atual Código de Processo Civil passou a reconhecer verdadeiro efeito vinculante à decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral, prevendo – ainda que em redação truncada –, em seu art. 988, § 5º, II, o cabimento de reclamação nos casos de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida ou de recursos extraordinários repetitivos, após o esgotamento das instâncias judiciais.⁵⁷⁴

Sobre o tema, cumpre verificar que a eficácia *erga omnes* não tem o mesmo significado, conteúdo ou consequência jurídica do efeito vinculante. Conforme assinalam IVES GANDRA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, no âmbito do controle concentrado: “(...) a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos”.⁵⁷⁵ Assim, a eficácia *erga omnes* (ou “geral” ou “contra todos”) impõe a observância da decisão a todos, de modo que a coisa julgada aproveita a todos. Assim, qualquer pessoa prejudicada poderá invocar a decisão em seu favor quando descumprida, valendo-se dos instrumentos processuais ordinários. Contudo, “[d]o prisma estritamente processual, a eficácia geral obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal”.⁵⁷⁶ Por sua vez, o efeito vinculante consiste em um reforço da eficácia da decisão (ou “eficácia adicional”),⁵⁷⁷ impondo, de forma efetiva, restrição ao poder de decisão de outros órgãos e autoridades. Contudo, tendo em vista o rechaço do Supremo Tribunal em atrelar o efeito vinculante à transcendência dos motivos determinantes, resta que, no plano

⁵⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Reclamação nº 36.645 AgR*. Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 04-11-2020 PUBLIC 05-11-2020.

⁵⁷⁴ CPC/2015: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: § 5º É inadmissível a reclamação: II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.” (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

⁵⁷⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 596.

⁵⁷⁶ MARTINS e MENDES, *op. cit.*, p. 589.

⁵⁷⁷ MARTINS e MENDES, *op. cit.*, p. 596, nota de rodapé nº 350, e p. 607.

prático-processual, o que o efeito vinculante oferece a mais, em relação à eficácia *erga omnes*, é um mecanismo mais célere para atingir a jurisdição da Suprema Corte em caso de descumprimento de sua decisão. Desse modo, a parte prejudicada pelo descumprimento de decisão vinculante, poderá fazer uso da reclamação para submeter o caso à Alta Corte, enquanto, no caso de descumprimento de decisão dotada apenas de eficácia *erga omnes*, deverá a parte utilizar-se dos recursos previstos na legislação.⁵⁷⁸

Com efeito, a previsão do cabimento de reclamação para o descumprimento da tese fixada em recurso extraordinário com repercussão geral possui impacto direto no reconhecimento do efeito vinculante dessa decisão. Com isso, embora precise aguardar o esgotamento das instâncias judiciais, fato é que a parte que tenha sido prejudicada pelo descumprimento da tese poderá valer-se da reclamação para submeter o caso ao crivo do Supremo Tribunal Federal, sem necessidade de interposição de recurso extraordinário. Ainda, na forma do art. 992 do Código de Processo Civil: “Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia”.

Nesse sentido, a atribuição de efeito vinculante à decisão por meio de lei ordinária não encontra qualquer óbice constitucional, seja em razão da nova conformação jurídica da repercussão geral, o que gerou uma aproximação do recurso extraordinário com as ações de controle concentrado, seja porque já assentou o Supremo Tribunal Federal que: “É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único)”.⁵⁷⁹ Conquanto a decisão diga respeito a mecanismos do controle concentrado, não há razão para distinguir a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado daquela prolatada em recurso extraordinário com repercussão geral, seja por constatar-se que esse instituto, para além de filtro recursal, qualifica os próprios efeitos da decisão, seja porque não faz sentido que o mesmo Tribunal, decidindo a mesma matéria da mesma forma, possa proferir decisões com eficácias distintas. Atribuir eficácia expansiva às decisões proferidas em controle difuso consiste, assim, em uma

⁵⁷⁸ Essa a distinção consignada pelo Ministro Moreira Alves em voto proferido na Questão de Ordem nº 1 na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, diferenciando os institutos nos seguintes termos: “se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-QO*. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 27/10/1993, DJ 16/06/1995.)

⁵⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Reclamação nº 1.880 AgR*. Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 07/11/2002, DJ 19/03/2004.

necessidade de racionalidade e efetividade do sistema. Conforme assinalado pela Corte Suprema:

Com efeito, a necessidade de se imprimir racionalidade e efetividade às deliberações do Plenário do Supremo Tribunal Federal aconselha a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso ou da eficácia expansiva das decisões adotadas de forma definitiva pela Corte, ainda que em processos de índole subjetiva. Do contrário, teremos a persistência dessa anacrônica situação em que os entendimentos consolidados da mais alta Corte do país são solenemente ignorados pelas instâncias inferiores.⁵⁸⁰

Em favor do argumento do efeito vinculante, cabe colacionar o entendimento de LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO:

Este é um ponto de congruência entre os sistemas americano e alemão. Tanto num quanto noutro só irradiam efeitos vinculantes os motivos determinantes da decisão, isto é, a própria *ratio decidendi*. Questões ditas de passagem (*obiter dicta*) não têm força vinculante, como de resto também reconhece o nosso Supremo Tribunal Federal.

É também importante notar que o efeito vinculante existe tanto em sistemas que adotam o controle difuso e concreto da constitucionalidade (EUA), quanto naqueles em que prepondera o controle concentrado e abstrato (Alemanha). Não há qualquer razão para que se reconheça efeito vinculante às Cortes Supremas apenas dentro desse ou daquele modelo de aferição de constitucionalidade.

No direito brasileiro, a adoção da aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e consequente eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável. A vinculação dá-se, tal como no direito estadunidense, tanto horizontal como verticalmente. Ocorre ainda, à semelhança do direito germânico, pela fundamentação despendida pelo Supremo na análise da controvérsia constitucional. Há, aí, mais um instrumento para consecução da unidade do Direito por intermédio da compatibilização das decisões judiciais. Uma vez já decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o fito de revisão da tese, importa dilação indevida no processamento da causa. Com a repercussão geral, encurta-se o procedimento, com flagrante economia de atos processuais.⁵⁸¹

Sob essa perspectiva de efeito vinculante, ganha especial importância a adoção de “teses” de repercussão geral, conforme previsto no § 3º do art. 1.038 do Código de Processo Civil: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”. Da mesma forma, o já citado *caput* do art. 1.039 prevê a aplicação da tese firmada nos recursos paradigmas aos demais recursos sobre idêntica matéria. O art. 1.040, III, estipula que, uma vez publicado o acórdão paradigma, deverão ser retomados os processos suspensos nas instâncias inferiores, devendo ser aplicada a tese fixada em repercussão geral, ao passo que o inciso IV do mesmo dispositivo impõe a obrigatoriedade de observância da tese pela

⁵⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 36.009*. Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 24-09-2021 PUBLIC 27-09-2021.

⁵⁸¹ MARINONI e MITIDIERO, *op. cit.*, 2012, pp. 32-33.

Administração Pública, nos casos envolvendo serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização.⁵⁸² Tem-se, então, que Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário com repercussão geral, deverá fixar uma tese, na qual será consignada a *ratio decidendi* da decisão, à semelhança de um enunciado de súmula da jurisprudência. Nesse sentido, “[t]rata-se de ‘norma jurídica criada diante do caso concreto’, que, por *indução*, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações”.⁵⁸³ A observância desse “enunciado de tese de repercussão geral” passa a contar com efeitos vinculantes, como visto, em relação aos demais órgãos judiciários e até mesmo em relação à Administração Pública na hipótese especificada.

Esse efeito vinculante da tese de repercussão geral já parece plenamente presente no entendimento do Supremo Tribunal Federal, sendo paradigmático o julgamento firmado no bojo dos Recursos Extraordinários nº 949.297/CE e nº 955.227/BA, julgados conjuntamente e submetidos ao regime de repercussão geral. O primeiro recurso representava o Tema nº 881 da repercussão geral, em que se discutia o impacto das decisões de controle concentrado nos efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária.⁵⁸⁴ O segundo, por sua vez, representava o Tema nº 885, que tinha por escopo exatamente a celeuma sobre o impacto das decisões em controle difuso sobre a coisa julgada tributária.⁵⁸⁵

⁵⁸² CPC/2015: “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...) III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

⁵⁸³ DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro. In NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. 3ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 447.

⁵⁸⁴ Conforme assentou a Suprema Corte na admissão do referido Recurso Extraordinário nº 949.297/CE: “A matéria constitucional controvertida consiste em delimitar o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 949.297/CE*. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 24/03/2016, DJe 13/05/2016.

⁵⁸⁵ A discussão versava, portanto, sobre: “(...) saber se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 955.227/BA*. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 31/03/2016, DJe 27/04/2016. Conforme assinalou o Ministro Roberto Barroso quando do julgamento do mérito recursal: “Tampouco se confunde com o RE 949.297 RG, da relatoria do Min. Edson Fachin, que trata de tema análogo, porém, limitado a discutir os efeitos das decisões deste Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sobre a eficácia futura da coisa julgada nas relações de trato continuado. Na presente controvérsia, caberá ao Plenário definir o impacto das decisões em controle difuso, inclusive aquelas proferidas sob a dinâmica da repercussão geral, nos termos do art. 102, § 3º, da CF/1988, sobre os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 955.227/BA*. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 08/02/2023, DJe 02/05/2023.

Julgados esses Recursos Extraordinários conjuntamente, prevaleceu a corrente do Ministro Roberto Barroso, que destacou que o impacto da decisão em recurso extraordinário com repercussão geral – em controle difuso, portanto – seria rigorosamente o mesmo que o da decisão em controle concentrado. Vale dizer: fixou a Corte que as decisões proferidas em recurso extraordinário sob o regime de repercussão geral seriam também aptas a fazer cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária. Conforme assentou o Ministro Roberto Barroso em seu voto condutor:

30. Nesse contexto, é incontestável que as decisões proferidas em recursos extraordinários com repercussão geral e as proferidas em controle concentrado gradativamente têm adquirido os mesmos efeitos, seja pela atuação do próprio Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Trata-se do fenômeno da objetivação do controle difuso. (...)

31. Assim, aproveito para afirmar ser necessário que esta Corte reconheça que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia erga omnes atribuídos às ações de controle abstrato. Nesses casos, a resolução do Senado, a que faz menção o art. 52, X, da CF/1988, possuirá a finalidade de publicizar as decisões de inconstitucionalidade, não configurando requisito para a atribuição de efeitos vinculantes erga omnes.

(...)

33. Desse modo, entendo ser imprescindível que se reconheça a mutação do art. 52, X, da CF/1988, para as decisões proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral. Apesar de a matéria de fundo, no presente caso, tratar da constitucionalidade de lei, e não de sua inconstitucionalidade, a nova interpretação do referido dispositivo constitucional é relevantíssima, sobretudo em matéria tributária. Isso porque, atualmente, a Administração Pública não se vincula automaticamente às decisões proferidas em repercussão geral e, em sendo ela quem constitui os créditos tributários, é bastante comum que autuações sejam feitas mesmo após esta Corte ter se manifestado pela inconstitucionalidade do tributo em sede de repercussão geral. Além disso, caso o Tribunal não entenda dessa forma, a própria decisão proferida neste recurso vinculará o Judiciário.

34. Trata-se, portanto, de passo rumo à consolidação do processo de abstratização do controle difuso, resultando em uma maior integridade à teoria de precedentes, bem como no aprimoramento do controle de constitucionalidade brasileiro.

(...)

53. Destaco apenas que a decisão deste Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em repercussão geral, que seja contrária à coisa julgada favorável ao contribuinte, em relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, produz para ele norma jurídica nova. Essa situação se assemelha à criação de novo tributo, que, como se sabe, a depender do tributo, deve observar a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena, e, no caso das contribuições para a seguridade social, a anterioridade nonagesimal. Por conseguinte, tem-se que a publicação da ata de julgamento em controle concentrado ou controle difuso em repercussão geral equivale ao primeiro dia de vigência da nova norma que somente produzirá efeitos após os referidos períodos de “vacatio legis”, garantias fundamentais dos contribuintes que asseguram certo grau de segurança jurídica. Por óbvio, a aplicação da anterioridade aqui aventada só deverá beneficiar aqueles contribuintes que possuíam decisões judiciais transitadas em julgado em seu favor.⁵⁸⁶

⁵⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 949.297/CE*. Relator Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 08/02/2023, DJe 02/05/2023. O mesmo conteúdo restou consignado no voto condutor do julgamento do Recurso Extraordinário nº 955.227/BA (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 955.227/BA*. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 08/02/2023, DJe 02/05/2023).

Com isso, diante do julgamento conjunto, restaram fixadas as seguintes teses de repercussão geral com os acórdãos proferidos nos citados Recurso Extraordinário nº 949.297/CE (Tema nº 881) e Recurso Extraordinário nº 955.227/BA (Tema nº 885):

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.

2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Sem embargo do até aqui exposto, para além da já reconhecida equiparação de efeitos entre a decisão de controle concentrado e a decisão em controle difuso com repercussão geral, cabe verificar que a fixação de “teses de repercussão geral” vem concedendo, na prática, uma eficácia ao modelo difuso de controle de constitucionalidade até então não admitida para o próprio controle concentrado: a transcendência dos motivos determinantes a permitir a vinculação de casos análogos. Assim, a repercussão geral proporcionou ao controle difuso, portanto, uma expansão eficaz das decisões que ultrapassa os efeitos do controle concentrado. Cabe esclarecer a afirmação.

Conforme reiterado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – sem prejuízo de alguns julgados em sentido contrário –, não se aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado. Nesse sentido, assentou a Excelsa Corte que: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante”.⁵⁸⁷ Isso porque: “A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em processos de controle concentrado de constitucionalidade abrange apenas a norma objeto da ação”.⁵⁸⁸

De modo diverso, a “tese de repercussão geral” não ficará restrita ao ato normativo objeto do julgamento proferido em recurso extraordinário, passando a ser aplicável a outras leis ou atos normativos de semelhante conteúdo. Veja-se, nesse sentido, a fixação da tese que estabeleceu as diretrizes para contratação de servidores por tempo determinado (Tema 612).⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 8.168/SC*. Redator p/ Acórdão: Ministro Edson Fachin, DJ 19/11/2015.

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Reclamação nº 19.384 AgR*. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 07/06/2016, DJe 22/06/2016.

⁵⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 658.026/MG*. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 09/04/2014, DJe 31/10/2014.

Atente-se, ainda, à tese sobre a inconstitucionalidade de previsão nas leis orgânicas de benefícios aos servidores municipais (Tema 223).⁵⁹⁰ Outrossim, a tese sobre os requisitos para criação de cargos de provimento em comissão (Tema 1.010).⁵⁹¹ Embora tais decisões tenham sido tomadas em casos concretos, a partir da análise de determinadas leis ou atos normativos de algum dos entes federativos, as teses fixadas passam a ser aplicáveis às leis e atos normativos de outros entes federativos, em clara demonstração da aplicação dos efeitos transcendentais da decisão tomada no recurso extraordinário com repercussão geral. Em outros termos: os motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade da Lei “A” do Município “B”, constantes da tese de repercussão geral, passam a vincular o posterior julgamento da validade da Lei “X” do Município “Y” que verse sobre a mesma matéria.

Nesse sentido, o controle difuso passou a contar com mecanismo de expansão da eficácia das decisões da Suprema Corte que tornou o modelo ainda mais impactante na Ordem Jurídica do que próprio controle concentrado. Com isso, haverá casos em que será melhor obter uma decisão no controle difuso do que no concentrado, tendo em vista que a possibilidade do manejo da reclamação ganha maior amplitude com a decisão no recurso extraordinário.⁵⁹² Aliás, o sucesso na fixação de “teses de repercussão geral” parece fazer com que o Supremo Tribunal Federal faça estender a sua prática também ao controle concentrado. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.545, em que a Suprema Corte cuidou de aprovar uma “tese de controle concentrado”.⁵⁹³

O que se percebe, na senda das lições de MARCELO FIGUEIREDO, é que a repercussão geral consiste em instrumento outorgado à Suprema Corte para, valendo-se do caso concreto, “esgotar a cognição” da Suprema Corte acerca de matéria controvertida que se multiplica em diversos casos semelhantes, conferindo maior efetividade à sua atuação. Nas palavras do autor:

O objetivo da repercussão geral é exatamente o de esgotar a cognição da Corte Constitucional acerca da matéria em recursos com fundamentos em idêntica controvérsia, possibilitando inclusive, nestes casos, a inadmissão. (...) Sem dúvida, a

⁵⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 590.829/MG*. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/03/2015, DJe 30/03/2015.

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 1.041.210 RG/SP*. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/09/2018, DJe 22/05/2019.

⁵⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Reclamação nº 11.473 AgR/CE*. Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 17/03/2017.

⁵⁹³ Conforme constou da ementa do acórdão proferido na ADI nº 5.545: “Ex positis, CONHEÇO da presente ação direta de inconstitucionalidade e julgo PROCEDENTE o pedido formulado para declarar a INCONSTITUCIONALIDADE dos artigos 1º, parte final, e 2º, inciso III, da Lei 3.990, de 11 de outubro de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, fixando a seguinte tese: ‘É inconstitucional a lei estadual que preveja o arquivamento de materiais genéticos de nascituros e parturientes, em unidades de saúde, com o fim de realizar exames de DNA comparativo em caso de dúvida’.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.545/RJ*. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 13/04/2023, DJe 16/06/2023.

finalidade do instituto foi conferir maior efetividade à atuação do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.⁵⁹⁴

Com a repercussão geral, viabiliza-se que o recurso extraordinário possa atender à sua vocação original de mecanismo de proteção da unidade do Direito, proporcionando a uniformização da jurisprudência. Nesse sentido, cabe resgatar a vetusta lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que há muito assinalava:

Nem poderia ser de outro modo, em face da unidade do Direito pátrio. Permitir prosperasse uma jurisprudência divergente, o mesmo seria que destruir o princípio da unidade jurídica do país e possibilitar a incerteza do Direito, que o Recurso Extraordinário visa a resguardar, e a função do Supremo Tribunal garantir.⁵⁹⁵

Desse modo, as modificações ocorridas no regime jurídico do recurso extraordinário, notadamente em razão das transformações sofridas pelo instituto da repercussão geral – que, além de requisito de admissibilidade recursal, passou a qualificar os efeitos da própria decisão de mérito – impactaram profundamente os contornos do controle difuso no Direito brasileiro. Essas alterações resgataram a relevância do modelo para a Ordem Constitucional, alçando-o ao mesmo patamar do controle concentrado e permitindo que o seu uso proporcione à jurisdição constitucional os mecanismos necessários para salvaguarda da higidez e unidade da Ordem Jurídica pátria.

3.6. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 13.300/2016: IMPACTOS NO CONTROLE DIFUSO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

O controle da omissão inconstitucional consiste em uma novidade trazida pela Constituição Brasileira de 1988, com forte inspiração no Direito português. Conforme assinalou ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ em trabalho publicado ainda antes dos trabalhos da Constituinte de 1987-1988: “[a] Constituição de Portugal cuidou de introduzir a figura da ‘inconstitucionalidade por omissão’ em seu art. 279 (redação original), ainda que só cuidando, nesse dispositivo do descumprimento da Lei Maior por ‘omissão’ de medidas legislativas (...)”.⁵⁹⁶ No mesmo sentido, leciona MARCELO FIGUEIREDO que: “[e]m caráter original, Portugal e Espanha, sendo que o primeiro, especialmente, criou a figura da

⁵⁹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 31.

⁵⁹⁵ SILVA, *op. cit.*, 1963, p. 35.

⁵⁹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de informação legislativa (RIL)*, v. 23, n. 89, pp. 49-62, jan./mar. 1986, p. 53. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181667>. Acesso em 18 abr. 2023.

inconstitucionalidade por omissão, advinda da Revolução de 1974”, arrebatando, em seguida, que: “[s]em dúvida, a inspiração do constituinte brasileiro adveio da Constituição Portuguesa (...)”.⁵⁹⁷

Sobre a relevância desse tema, destaca ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ que “uma Constituição nasce para ser aplicada, para ser cumprida”, de modo que “[t]oda ação ou omissão que obstaculize a aplicação da norma constitucional são com ela incompatíveis”.⁵⁹⁸ A ideia de omissão, relata MARCELO FIGUEIREDO, decorre do movimento constitucional europeu ligado à defesa de uma “Constituição Vinculante”, que subordine as atuações do Estado nas suas diversas funções. Sobre a criação da noção de omissão inconstitucional, defende que:

Na verdade, pensamos que a omissão foi criada em razão da carência de órgãos especializados para o debate, o enfrentamento das lides constitucionais. Ou por outra, a complexidade que envolve a interpretação das normas constitucionais exige um órgão especializado, no trato deste “código jurídico-político”. Outro motivo que deve ter influenciado em sua criação é a sistemática negação dos preceitos constitucionais programáticos.⁵⁹⁹

Na senda das ensinanças de JORGE MIRANDA, cumpre destacar que as omissões consideradas como sendo juridicamente relevantes consubstanciam fenômenos que se espraiam pelas diversas áreas jurídicas, abarcando as diversas funções estatais, caracterizando-se: i) pela existência de determinado comando normativo que impõe o dever de fazer ou praticar específico ato ou conduta; ii) pelo comportamento de inação ou de ausência de ação em tempo útil por parte do destinatário do comando normativo; e iii) que a esse comportamento inerte seja atribuídas consequências jurídicas. Nas palavras do jurista português:

A existência de omissões juridicamente relevantes é um fenómeno que se encontra nas mais diversas áreas jurídicas. Ela verifica-se sempre que, perante uma obrigação de *facere*, e mandando, direta ou indiretamente, a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas.

Relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis – e não apenas teóricas – de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda revelar-se ilícitos.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 47-48.

⁵⁹⁸ FERRAZ, *op. cit.*, 1986, p. 52.

⁵⁹⁹ FIGUEIREDO, *op. cit.*, 1991, p. 42.

⁶⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 353.

Na mesma linha, no âmbito da doutrina nacional, FLÁVIA PIOVESAN destaca que a noção de omissão inconstitucional abrange o descumprimento do dever de agir imposto pela Constituição por parte dos órgãos do Poder Público, nas diversas funções estatais, seja no campo legislativo, seja no campo administrativo. Em suas palavras:

Enquanto a inconstitucionalidade por ação é inconstitucionalidade positiva, que se traduz na prática de ato violador da Constituição, a inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, que resulta de abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição.

Isto significa que só há a omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe a exigência constitucional de ação.

A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública.⁶⁰¹

Em especial atenção à inércia do legislador, reforça JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que a ideia de omissão legislativa diz respeito a um dever constitucional de ação específica, não se resumindo a um mero “não fazer”, nem cabendo suscitá-la diante de um dever genérico de agir. Assinala o autor que:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples “não fazer”, a um simples “conceito de negação”. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.⁶⁰²

Sob essa perspectiva, CANOTILHO destaca que as omissões legislativas são as que decorrem de “imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito”, consistentes em comandos que estabelecem, “de forma permanente e concreta”, o dever de o legislador proceder “à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição”. Logo, há que se separar as noções do descumprimento de “preceitos constitucionais concretamente impositivos” da inobservância de deveres de ação derivados de “normas-fim ou normas-tarefa, abstractamente impositivas”. As normas constitucionais de primeiro tipo (concretamente impositivas) são as que dão ensejo à caracterização da omissão legislativa inconstitucional, sendo passíveis, assim, de controle judicial por meio ações constitucionais previstas. De outro lado, assinala que o não

⁶⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

⁶⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição – 8ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.033.

cumprimento dos fins e objetivos da constituição, plasmados nas “normas-fim” ou “normas-tarefa” também gera inconstitucionalidade, mas “a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos”.⁶⁰³

Na doutrina brasileira, essa percepção do conteúdo da omissão legislativa inconstitucional encontra, entre seus adeptos, a jurista FLÁVIA PIOVESAN, que destaca tratar-se da inobservância de um “dever especial de legislar” decorrente de uma “ordem concreta de legislar”. Assim, apregoa a autora que:

A omissão legislativa resulta do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar.

(...)

Nesta concepção, a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais.⁶⁰⁴

A partir do momento em que a omissão passa a ser um fato jurídico constitucionalmente relevante, a ponto de conduzir à caracterização da invalidade do referido comportamento, “[t]orna-se necessário criar um sistema de controle, isto é, indicar os meios

⁶⁰³ CANOTILHO, *op. cit.*, 2010, p. 1.034. Nas palavras do mestre português: “As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais *concretamente* impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não actuação de *normas-fim ou normas-tarefa*, abstractamente impositivas. Há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta impõem, por ex., o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional (art. 59.º/2-a), a organização, coordenação e financiamento de um “sistema de segurança social unificado e descentralizado” (art. 63.º/2), a criação de um “serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito” (art. 64.º/2/a), a criação e desenvolvimento de “reservas e parques naturais e de recreio” (art. 66.º/2/c), a promoção e criação de uma “rede nacional de assistência materno-infantil e de uma rede nacional de creches” (art. 67.º/2-b), a garantia de um “ensino básico universal, obrigatório e gratuito” (art. 74.º/2/a). Já tem contornos menos definidos o não cumprimento de normas-fim e normas-tarefa que, de forma permanente mas abstracta, impõem a prossecução de certos objectivos. É o caso, por ex., de preceitos como os dos arts. 9.º e 81.º O incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido restrito, podem originar uma acção de inconstitucionalidade nos termos do art. 283.º da CRP. “A disposição constitucional em que se funda a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem de ser suficientemente precisa e concreta”. (Cf., Acs. TC 278/89, *Acórdãos*, vol. 13/I, e 359/91, in *Acórdãos*, vol. 19, Ac. TC 474/2002, DR, I-A, 18/12)”. As mesmas lições constam de trabalho publicado em obra coletiva: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 354-355.

⁶⁰⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 79-80.

para efetivar o controle da constitucionalidade por ‘omissão’ (...)”, conforme alertava ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ aos Constituintes de 1987-1988.⁶⁰⁵

Preocupado com a inércia do legislador e do poder público na concretização dos direitos conquistados pela nova Ordem Constitucional, cuidou o Constituinte de 1987-1988 de prever dois mecanismos processuais de controle da omissão inconstitucional. O primeiro consiste na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no § 2º do art. 103 da Constituição Federal de 1988,⁶⁰⁶ tratando-se de instrumento pertinente à modalidade de controle concentrado e abstrato, de competência privativa do Supremo Tribunal Federal para processamento e julgamento e tendo como legitimados para sua propositura aqueles mesmos previstos para a ação direta de inconstitucionalidade genérica. A ação direta por omissão, enquanto não especificamente disciplinada, teve a sua tramitação disciplinada pelas mesmas regras previstas para a ação direta genérica. Contudo, com o advento da Lei Federal nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, foi inserida na Lei nº 9.868/1999 disciplina específica para tramitação e julgamento da ação direta por omissão.

O segundo mecanismo foi a criação do Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, destinado proteger da omissão de norma regulamentadora os direitos e liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.⁶⁰⁷ Diferentemente da ação direta por omissão, o mandado de injunção consiste em verdadeiro remédio constitucional colocado à disposição dos particulares para proteger direitos subjetivos. Trata-se, destarte, de mecanismo ligado ao controle difuso e concreto da omissão inconstitucional.

O primeiro passo parece ser, então, estabelecer as distinções entre os dois mecanismos de fiscalização das omissões inconstitucionais. Buscando fornecer critérios para a distinção entre a ação direta por omissão e o mandado de injunção, parte CANOTILHO da percepção de que os institutos possuem pressupostos diferentes. Em sua lição:

Cabe perguntar: quais as diferenças e semelhanças entre injunção e inconstitucionalidade por omissão? Quanto a nós – mas a nossa opinião será submetida à disputabilidade intersubjectiva – os dois institutos têm pressupostos diferentes:

1) A inconstitucionalidade por omissão insere-se nas chamadas acções *de inconstitucionalidade*, promovidas, de forma abstracta, por certas e determinadas entidades individualizadas no art. 103; o mandado de injunção configura-se como uma

⁶⁰⁵ FERRAZ, *op. cit.*, 1986, p. 53.

⁶⁰⁶ CF/1988, art. 103: “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

⁶⁰⁷ CF/1988, art. 5º: “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

espécie de *acção constitucional individual de defesa* de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

2) Consequentemente, a acção de *inconstitucionalidade por omissão* é, fundamentalmente, uma acção de *garantia da Constituição*; o mandado de injunção é, essencialmente, uma acção de defesa de *garantias individuais*.

3) A inconstitucionalidade por omissão pode ser desencadeada sempre que haja omissão de medidas para tornar efectiva norma constitucional, isto é, qualquer norma constitucional quer diga ou não respeito a direitos e liberdades; o mandado de injunção pressupõe a *existência de um direito* ou liberdade individual e a lesão deste direito quando o interessado não puder exercê-lo por falta de regulamentação adequada.

4) O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão podem sobrepor-se nos casos em que a omissão diga respeito à ausência de medidas adequadas para tornar exequíveis normas constitucionais consagradoras de direitos e liberdades.⁶⁰⁸

É o mandado de injunção, portanto, acção constitucional vocacionada à tutela de interesses subjetivos – ainda que de forma coletiva – e a veicular um caso concreto litigioso, em que a omissão da norma regulamentadora impede o indivíduo de exercer os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de remédio constitucional que, à semelhança do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do *habeas data*, consubstancia instrumento processual próprio do controle difuso de constitucionalidade.

Inexistindo, em seu início, disciplina específica para o seu processamento, o mandado de injunção contou com a atuação da doutrina e da jurisprudência para sua implantação e desenvolvimento. Em decisão paradigmática, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o remédio constitucional teria aplicabilidade imediata, sendo-lhe aplicáveis, no que coubesse, a disciplina processual do mandado de segurança. Conforme assinala a doutrina:

Tratando-se de instituto sem paralelo exato no Direito Comparado, seu processo histórico de consolidação iniciou-se a partir da interpretação jurisprudencial bastante conservadora desenvolvida pelo STF. Em meio a intenso debate doutrinário, especialmente no que toca aos efeitos do mandado de injunção, o STF adotou polêmica interpretação quando do julgamento, em 23.11.1989, da QO no MI 107-DF, de relatoria do Min. Moreira Alves (DJU 21.9.1990).

Naquela oportunidade o Plenário do Tribunal, por unanimidade, chegou a quatro conclusões fundamentais em relação à natureza do novo instituto: (i) o mandado de injunção teria natureza mandamental; (ii) o art. 5º, LXXI, da CF seria autoaplicável; (iii) adotar-se-ia para o processamento do mandado de injunção o procedimento, no que coubesse, do mandado de segurança; e (iv) a ação teria o efeito de declaração, pelo Poder Judiciário, da mora legislativa em editar a norma jurídica da qual dependeria o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa.⁶⁰⁹

Essa primeira diretriz fixada pelo Supremo Tribunal Federal significou, segundo crítica de Luís Roberto Barroso, uma frustração com relação às expectativas que se tinha em

⁶⁰⁸ CANOTILHO, *op. cit.*, 1993, p. 356.

⁶⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 39ª edição, São Paulo: Malheiros editores, 2022, p. 360.

torno do novel instituto, esvaziando os seus potenciais efeitos. Resumindo o entendimento da Corte, consigna o autor que:

O entendimento da mais Alta Corte, portanto, foi no sentido de que o mandado de injunção tem natureza mandamental, o sujeito passivo da ação é o poder, órgão ou entidade omissos, e sua finalidade é a declaração da omissão, com mera ciência ao omissor para que adote as providências necessárias.⁶¹⁰

Relata Barroso, ainda, que o Supremo Tribunal Federal viria a adotar, posteriormente, posição menos rígida em relação ao instituto, quando do julgamento dos Mandados de Injunção n°s 283 e 284, oportunidades em que a Corte, diante da permanência da mora legislativa mesmo após o prazo fixado, admitiu aos impetrantes o exercício do direito à reparação de danos previsto no § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em relação a perseguidos pelo regime militar que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica.⁶¹¹ Assinala o autor que:

O Supremo Tribunal Federal, ao firmar tal posição: a) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada (porque dependente de norma infraconstitucional integradora) em norma de eficácia plena; b) considerou o mandado de injunção hábil para obter a regulamentação de qualquer direito previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu Título II.⁶¹²

Essa posição viria a ser consolidada quando do julgamento do Mandado de Injunção n° 232, em que a Suprema Corte decidiu, diante da mora legislativa em regulamentar o benefício tributário previsto no § 7º do art. 195 da Constituição Federal de 1988, notadamente diante do prazo para fazê-lo previsto no art. 59 do ADCT, fixar prazo de 6 (seis) meses para purgação da mora, sob pena de, na continuidade do estado de inércia do legislador, ser garantido ao contribuinte o gozo do referido benefício fiscal. Pondera BARROSO, entretanto, que:

Note-se, no entanto, que em ambas as hipóteses aqui tratadas – tanto a do art. 8º, § 3º do ADCT quanto a do art. 195, § 7º – o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. A rigor, portanto, não havia maior dificuldade, nem se exigia do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica.⁶¹³

⁶¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n° 17, pp. 34-38, jan./mar. de 1997, p. 34.

⁶¹¹ CF/1988, ADCT, art. 8º: “§ 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n° S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n° S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.”

⁶¹² BARROSO, *op. cit.*, 1997, p. 35.

⁶¹³ BARROSO, *op. cit.*, 1997, p. 35.

Apesar desse sigelo avanço, dando sinais de adoção de uma teoria concretista para o mandado de injunção, fato é que, até o ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal manteve-se recalcitrante e manteve, em linhas gerais, a teoria não concretista, que reconhecia à decisão efeitos de mero reconhecimento da mora legislativa e de dar ciência ao Poder competente. Naquele mesmo ano, contudo, decidiu pela aplicação do regramento do Regime Geral de Previdência Social aos servidores públicos, vinculados aos regimes próprios, nos casos de aposentadoria especial por exercício de atividades em condições insalubres (MI nº 721).

Ainda, viu-se a Corte, no ano de 2008, na contingência de enfrentar, em três mandados de injunção (nºs 670, 708 e 712), omissão legislativa demasiadamente longa e que já contava, 13 (treze) anos antes, com decisão do próprio Tribunal reconhecendo essa circunstância. Tratava-se do direito de greve dos servidores públicos previsto no art. 37, VII, da Constituição de 1988 e que dependia de lei para viabilizar o seu exercício. Assim, diante da insuficiência – e até ineficácia – das decisões até então proferidas em sede de mandado de injunção, decidiu o Supremo Tribunal, em posição concretista, estender aos servidores públicos o regramento legal do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. Conforme abalizada doutrina:

De qualquer forma, o posicionamento não concretista do STF permaneceu inalterado até 2007, quando o Tribunal voltou a discutir a natureza do mandado de injunção ao analisar o problema do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da CF). No julgamento de três mandados de injunção, em 25.10.2007, o STF destacou a insuficiência das decisões então proferidas com eficácia limitada ou até sem eficácia quando apenas comunicava ao órgão legislativo de sua mora. Pesou para essa mudança de perspectiva o fato de já terem transcorrido 13 anos da primeira decisão do Tribunal que reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional em relação ao art. 37, VII, da CF, e que, portanto, o novo momento exigiria atuação mais efetiva do Poder Judiciário. Segundo o novo entendimento, o STF determinou a “aplicação das Leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis”. Em outras palavras: o Tribunal, diante da omissão permanente do Poder Legislativo, decidiu por dar aplicação imediata ao direito vindicado por meio da incidência, para o servidor público, da legislação sobre greve das relações de trabalho.

Pouco antes desses julgamentos o STF já havia demonstrado sua mudança de jurisprudência em matéria de mandado de injunção quando examinou a omissão legislativa (lei complementar) referente à regulamentação do art. 40, § 4º, da CF (aposentadoria especial do servidor público) e se decidiu aplicar analogicamente a legislação endereçada aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991).

O STF, dessa forma, com esse novo posicionamento jurisprudencial, revitalizou o instituto, dando-lhe nova e útil configuração e restaurando em parte as expectativas iniciais que se depositaram no novo instituto como forma de combater o problema da omissão legislativa.⁶¹⁴

⁶¹⁴ MEIRELLES, WALD e MENDES, *op. cit.*, pp. 361-362.

Com essa mudança de orientação, o Supremo Tribunal Federal transformou o mandado de injunção em um relevante e eficaz instrumento processual para proteção de direitos subjetivos contra a omissão inconstitucional. Como decorrência natural dessa circunstância, surgiu o Projeto de Lei nº 6.128/2009, destinado a regulamentar o processo e julgamento do mandado de injunção. Aprovado no Congresso Nacional e sancionado, foi convertido da Lei Federal nº 13.300/2016, sendo o respectivo texto “resultado da assimilação no plano legislativo de toda a construção jurisprudencial realizada pelo STF nos últimos anos”.⁶¹⁵

Compulsando a indigitada Lei, tem-se, já em seu primeiro artigo, a previsão dos mandados de injunção individual e coletivo. Por sua vez, o art. 2º preconiza que será cabível o *writ* “sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. O respectivo parágrafo único especifica que: “Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”.

Com relação à legitimidade ativa para a impetração do remédio, a Lei prevê a possibilidade do seu manejo por pessoas naturais ou jurídicas. De outro lado, poderão figurar como impetrados “o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora” (art. 3º). O órgão ou autoridade impetrada será notificada para apresentar informações no prazo de 10 (dez) dias, sendo a respectiva pessoa jurídica a que pertence cientificada da impetração (art. 5º). Findo o prazo para prestação das informações, será ouvido o Ministério Público, que atuará na qualidade de *custos legis*, emitindo parecer no prazo de 10 (dez) dias.

As disposições legais trazidas pela Lei Federal nº 13.300/2016 ganham especial relevância ao disciplinarem os efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção, trazendo impactos invulgares nesse instrumento de controle difuso da omissão inconstitucional. De início, o art. 8º reflete os vetustos posicionamentos da Suprema Corte acerca da eficácia da decisão, determinando que, uma vez reconhecido o estado de mora legislativa, a injunção será deferida para: i) “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora” (providência a ser dispensada em caso de comprovação de que o órgão ou autoridade “impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma”); ou ii) “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não

⁶¹⁵ MEIRELLES, WALD e MENDES, *op. cit.*, p. 363.

seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”. O *caput* do art. 9º preconiza que o efeito da decisão será restrito às partes do processo (efeito *inter partes*), deixando de vigorar quando do advento de norma regulamentadora.

Se até este momento a Lei parece ter sido tímida ao disciplinar o julgamento do mandado de injunção, a partir dos parágrafos do art. 9º a situação muda inteiramente e a decisão, ainda que proferida em sede de controle difuso e concreto, ganha uma nova e ampliada dimensão e impacto na Ordem Jurídica. O § 1º do dispositivo prevê expressamente a possibilidade de ser “conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão” para os casos em que “isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”. O § 2º, por sua vez, possibilita que os efeitos da decisão, após o seu trânsito em julgado, sejam estendidos a casos análogos, por decisão monocrática dos respectivos relatores. Destaque-se, ainda, que o legislador admitiu, no § 3º do art. 9º da Lei, a renovação da impetração caso o pedido de injunção seja indeferido por insuficiência de prova.

O art. 10 da Lei do mandado de injunção admite que a decisão seja revista a pedido de qualquer interessado, nos casos em que “sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”, sendo que o pedido de revisão seguirá, no que couber, os trâmites da própria Lei. Essa revisão, ressalva o dispositivo, não prejudica os efeitos já produzidos.

Ainda, em caso de o órgão ou autoridade omissa vir a estabelecer, posteriormente à decisão do mandado de injunção, norma regulamentadora que discipline o direito, liberdade ou as prerrogativas constitucionais objeto da ação, cuidou o art. 11 da Lei de trazer, como regra temporal, o comando de que essa nova norma terá, geralmente, efeitos prospectivos (*ex nunc*) em relação aos beneficiários da decisão anterior. Admitir-se-á a retroação da norma regulamentadora se a sua aplicação revelar-se mais favorável a esses beneficiários. Por óbvio, o parágrafo único do art. 11 dispõe que, se de modo contrário, a norma regulamentadora anteceder a decisão do mandado de injunção, restará este prejudicado, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito.

Os arts. 12 e 13 da Lei disciplinam, de modo mais específico, os casos de mandado de injunção coletivo. Conforme o art. 12, o remédio coletivo poderá ser impetrado: i) pelo Ministério Público; ii) por partido político com representação no Congresso Nacional; iii) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano; e iv) pela Defensoria Pública. Em todos os casos, cumpre destacar, conforme parágrafo único do art. 12, o mandado de injunção coletivo terá cabimento para proteger direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que pertençam,

“indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”.

Em relação à impetração promovida pelo *Parquet*, terá cabimento nos casos em que se pretenda a proteção da higidez da Ordem Jurídica, ou, conforme dicção legal, nas situações em que “a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis”. Chama a atenção, neste caso, a objetivação do mandado de injunção, cujo manejo tenderá a ter escopo mais acentuado de defesa do Ordenamento do que de interesses subjetivos, aproximando o instrumento do perfil do controle concentrado e, ousa-se dizer, até mais ampliado, tendo em vista que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não terá o condão de suprir a necessidade da norma regulamentadora, tendo em vista os efeitos mais limitados previstos no art. 103, § 2º, da Constituição Federal.⁶¹⁶ Contudo, não se pode perder de vista que, mesmo nessa situação, impõe-se que haja controvérsia sobre direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais pertencentes a uma coletividade, de modo que ainda se tratará de controle concreto – razão pela qual não se poderá falar em controle abstrato.

Por seu turno, a legitimidade ativa atribuída às demais entidades ou órgãos já não tem essa mesma dimensão, de modo que o mandado de injunção, ainda que impetrado no interesse de uma coletividade, estará voltado à proteção de direitos subjetivos. No caso do partido político com representação no Congresso Nacional, o remédio terá a finalidade de “assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária”.

Sendo a impetração promovida por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, a ação colimará o benefício “da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

No caso da Defensoria Pública, a ação objetivará a consecução de tutela que, a despeito de poder beneficiar de forma mais ampla a sociedade, tenha especial relevância “para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados”, dentro da perspectiva de prestação de “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

⁶¹⁶ CF/1988, art. 103: “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

O art. 13 da Lei disciplina a amplitude dos efeitos subjetivos da decisão proferida no bojo do processo do mandado de injunção coletivo, estabelecendo que beneficiará as “pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante”, sem prejuízo da ampliação desses efeitos na forma dos já citados §§ 1º e 2º do art. 9º, que viabilizam a concessão de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando “inerente ou indispensável” ao exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas, bem como a extensão da decisão a casos análogos, por decisão monocrática dos respectivos relatores.

Destaque-se que, *ex vi* do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 13.300/2016, o remédio coletivo não induzirá litispendência em relação aos mandados de injunção individuais, mas expressamente ressalva que a coisa julgada formada no processo coletivo não beneficiará o impetrante individual se este não requerer desistência da sua ação no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração do mandado de injunção coletivo. Ademais, o art. 14 da Lei determina a aplicação subsidiária da disciplina do mandado de segurança (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009) e do Código de Processo Civil (atual Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Deveras, não se descuida que, no confronto entre os instrumentos de controle difuso e concentrado das omissões inconstitucionais, o âmbito de cabimento do mandado de injunção seja mais restrito do que aquele estipulado para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com efeito, a ação direta por omissão, que se volta à proteção direta da Constituição, terá cabimento sempre que se verificar que determinada norma constitucional tem a sua eficácia prejudicada pela omissão dos órgãos, entidades ou autoridades públicas competentes (art. 103, § 2º, da CF/1988 e arts. 12-A e seguintes da Lei nº 9.868/1999). O remédio do mandado de injunção, por seu turno, restringe-se às hipóteses em que a omissão diga respeito, especificamente, a direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da CF/1988 e Lei nº 13.300/2016). Logo, o âmbito de cabimento do remédio constitucional é mais restrito, mas está compreendido nas hipóteses da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em razão disso, há possibilidade de coincidência de objetos, versando a ação direta por omissão e o remédio constitucional sobre a mesma omissão. Nessa circunstância, não há como deixar de perceber o impacto mais acentuado do instrumento de controle difuso na concretização da norma constitucional. Isso porque a construção e evolução jurisprudencial do mandado de injunção conferiram ao modelo um instrumento efetivo no controle das omissões inconstitucionais e, dada a relevância que angariou a partir de 2007-2008, motivou a necessidade de disciplina legislativa específica, conforme visto. Assim sendo – e com expressa

autorização legal –, o controle difuso da omissão inconstitucional, além de permitir ao órgão judiciário suprir diretamente a omissão mediante o estabelecimento de regulamentação *ad hoc* ou extensão de regramento já existente, admite também a transcendência dos efeitos da decisão para além do caso concreto julgado, seja concedendo efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, seja autorizando o relator de outros casos a aplicar, monocraticamente, o precedente. Desse modo, além de medida efetiva para proteger o direito subjetivo, a disciplina normativa do mandado de injunção visa a garantir a coerência e uniformidade na prestação da jurisdição constitucional, trazendo segurança jurídica ao sistema.

De outro lado, a decisão proferida em ação direta por omissão é declaratória, em relação à omissão legislativa, e mandamental, no caso de omissão de órgão administrativo.⁶¹⁷ O Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, não edita a norma regulamentadora no controle concentrado, embora tenha admitido a substituição do órgão competente por outro em caso de insistência na inércia.⁶¹⁸ A exceção, é mister pontuar, ficou por conta da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, em que a Corte decidiu por criminalizar “condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém”, equiparando-as ao racismo, na medida em que tais condutas, segundo o Tribunal, “ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989”, bem como “constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, ‘in fine’)”.⁶¹⁹ Contudo, ainda que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da ação direta por omissão mude em definitivo, passando a acolher uma teoria concretista, não há como

⁶¹⁷ Na linha do que se extrai do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682, em que o Supremo Tribunal Federal fixou o prazo de 18 (dezoito) meses para que o Legislativo adotasse as providências necessárias para suprir a sua omissão em regulamentar o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, ressalvando, contudo, que: “Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/05/2007, DJe 06/09/2007).

⁶¹⁸ Foi o caso do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, em que assentou o Supremo Tribunal Federal que: “Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/11/2016, DJe 18/08/2017).

⁶¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13/06/2019, DJe 06/10/2020.

deixar de consignar a influência que o mandado de injunção – instrumento processual do controle difuso – teve e terá nessa eventual guinada jurisprudencial.

3.7. O FORTALECIMENTO E EXPANSÃO DO CONTROLE DIFUSO E A RETOMADA DA SUA IMPORTÂNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E FRENTE AO CONTROLE CONCENTRADO

Um dos pontos mais relevantes da introdução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro reside na circunstância de os idealizadores da República terem buscado inspiração e aproximação no sistema americano do *judicial review*, mas não terem sido bem-sucedidos na implantação e consolidação de uma característica essencial daquele modelo que é a preocupação com a unificação do direito e a sua aplicação isonômica. O direito brasileiro padecia da ausência de um efetivo sistema de precedentes, não tendo incorporado a cultura jurídica americana do *stare decisis*. A despeito do que parece ter sido a intenção do Constituinte republicano de 1891 ao estipular, no art. 59, § 2º, da Carta da Primeira República,⁶²⁰ a necessidade de “consulta à jurisprudência” entre as Justiças estaduais e federal e, com isso, fomentar uma cultura de precedentes,⁶²¹ fato é que o pensamento jurídico brasileiro, ainda imbuído das influências e tradições da Europa Continental e do sistema romano-germânico, acabou por representar um obstáculo à introdução de elementos próprios do common law do sistema anglo-saxão. Conforme assinalam MARCELO LAMY e LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI:

A ausência do respeito ao *stare decisis* também nos parece derivar da tentativa, bastante veiculada pelos defensores dos ideais liberais do século XIX na Europa, e seus seguidores no Brasil, de que a produção normativa deve ser monopolizada pelo Poder Legislativo, enquanto ao Poder Judiciário resta tão-somente fazer valer as decisões (leis) tomadas pelos legisladores no caso concreto, decisões estas que carregariam consigo o dogma da perfeita clareza que atribuiria segurança na sua aplicação. Assim, decisões com efeitos geral e abstrato deveriam ser tomadas, somente, pelo Poder Legislativo, aí o dogma da *Supremacia do Legislador*.

Está a auxiliar esta abstenção do Poder Judiciário a influência do direito europeu sobre o direito brasileiro, e, principalmente, em sede de direito privado, do direito francês, do italiano e do português, todos de família romano-germânica, os quais,

⁶²⁰ Conforme dispunha o Texto Constitucional: “§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”. Com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, o texto foi realocado para o § 2º do art. 60 daquela Carta.

⁶²¹ Na visão de Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci: “Não nos parece razoavelmente lógico que houvesse a necessidade de as Justiças Federal e Estaduais estarem atentas aos julgados uma das outras, e vice-versa, e, inclusive, deverem acompanhar, preferencialmente, as decisões uma das outras, e não haver dispositivo constitucional no sentido de deverem, quando as Justiças Estaduais e Federal estivessem a julgar casos idênticos aos julgados, anteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal, respeitar estas decisões e as acompanhar.” LAMY, Marcelo, e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 300.

quando da formação de nossa jurisdição constitucional, desconheciam esta espécie de controle do legislador.⁶²²

Conforme visto, o surgimento da jurisdição constitucional em solo europeu viu-se na contingência de encontrar soluções para a ausência de mecanismos – e, mais do que isso, ausência de cultura jurídica – de uniformização de jurisprudência à semelhança do *stare decisis* do *common law*. Consequentemente, a concentração do exercício dessa função constitucional em um órgão específico e atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes às suas decisões foi a resposta encontrada para trazer segurança e racionalidade ao sistema jurídico, que passava a admitir o invulgar poder de derrubada de leis aprovadas pelo Legislativo.⁶²³ O Brasil, contudo, fez a importação do modelo americano sem o cuidado de se atentar ao princípio subjacente na estrutura processual e judiciária naquele país do *stare decisis*. Como consequência, a introdução e o reforço do modelo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade colocou em xeque a razão de ser da permanência do modelo difuso no Direito pátrio.

Esse cenário desfavorável foi inicialmente combatido com medidas legislativas que buscavam aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Assim, conforme assinala RUBENS BEÇAK:

Já encontramos precedentes da súmula vinculante mesmo na Lei nº 10.352/01 que acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC para afastar remessa oficial na hipótese em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal competente.

Antes até, já com a Lei nº 9.756/98, quando se criou a figura do “agravo mutante para concessão de tutela de evidência” (alteração dos §§ 3º e 4º do art. 544 do CPC), ou a alteração naquela época produzida no art. 557 referente à “súmula impeditiva de recurso” (antes já na Lei nº 8.038/90), já se trilhava esta senda.

Tudo para atender aos princípios da economia processual, igualdade processual, razoabilidade etc.⁶²⁴

Ainda assim, o diagnóstico sobre o controle difuso era pessimista. Segundo alertava RUBENS BEÇAK:

Concomitantemente a este paralelismo, observamos que o próprio controle em concreto vai “perdendo terreno” para o controle abstrato, na exata medida em que este, com seu inegável apelo de rapidez, economia, certeza etc. vai ganhando amplitude (Constituição Federal de 1988, Emenda Constitucional nº 3/93).⁶²⁵

⁶²² LAMY, Marcelo, e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro, *op. cit.*, p. 301.

⁶²³ Sobre o tema, reitera-se a indicação de leitura de CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição – reimp., Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, pp. 76-78.

⁶²⁴ BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)*, Manaus, Anais, pp. 1-10, s/d, p. 9. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf. Acesso em 02 mar. 2023.

⁶²⁵ BEÇAK, *op. cit.*, p. 10.

Esse panorama inicialmente pouco (ou nada) auspicioso para o modelo difuso modificou-se sensivelmente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. A introdução dos instrumentos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral tiveram o condão de amplificar os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, aproximando esse modelo aos efeitos que já eram previstos do modelo concentrado. Houve, assim, uma “objetivação” do controle difuso, permitindo a esse modelo o melhor desempenho não apenas da tarefa de proteção de direitos subjetivos, mas também de garantia da higidez do Direito objetivo.

Conforme ANDRÉ RAMOS TAVARES, essas mudanças no cenário do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade levam a uma aproximação do modelo difuso em relação ao concentrado, sem que, contudo, o controle difuso perca as suas características e qualidades. Defende o autor, com isso, que essas transformações contribuem para a transformação do Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte Constitucional. Em suas palavras:

O recurso extraordinário, no Brasil, representa o último degrau do denominado controle difuso-concreto, ou seja, implica a atuação do Supremo Tribunal Federal como tribunal recursal em um sistema similar ao norte-americano (daí a proximidade com este e a invocação das lições daquele sistema para possível aproveitamento no modelo nacional). A criação de uma nova exigência (demonstração da repercussão geral) para fins de apreciação do recurso extraordinário interposto não acarreta, de per si, qualquer abalo no modelo de controle difuso-concreto. Este restará aberto a todos os juízes e instâncias.

Na realidade, tem-se, a partir de agora, como já assinalado, um passo em direção à transformação do Supremo Tribunal Federal em verdadeiro e pleno Tribunal Constitucional (cf. Tavares, 2005). A combinação da súmula vinculante com o instituto aqui analisado da repercussão geral cria uma nítida conexão entre o modelo de controle difuso-concreto e o modelo de controle abstrato-concentrado (cf. Tavares, 2004b: 56-58), aproximando aquele das características próprias deste último, o que talvez seja realmente o caminho mais apropriado para países que pretendam manter ambos os modelos concomitantemente.⁶²⁶

Com essas alterações – já especificadas no corpo deste trabalho – o modelo difuso de controle de constitucionalidade ganhou novo folego e, com o tempo, passou a angariar cada vez mais relevância no cenário jurídico nacional. A predominância e precedência do controle concentrado já não mais encontra guarida no atual contexto normativo ou prático, tendo em vista que o controle difuso foi aparelhado com as ferramentas necessárias para capacitá-lo a oferecer soluções eficazes de garantia da Constituição.

⁶²⁶ TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 218-219.

De fato, identificadas todas essas alterações ocorridas no controle difuso desde a Reforma do Judiciário em 2004, tem-se presente que acabaram por dar ensejo ao seu fortalecimento e expansão enquanto modelo (acepção ampla), conquanto esse resultado possa não ter sido aquele inicialmente visado pelo Constituinte Reformador. Com isso, o controle judicial difuso de constitucionalidade passou a ser dotado de instrumentos jurídicos e processuais que lhe concederam força suficiente para rivalizar com o modelo concentrado na salvaguarda da unidade, coesão e coerência da Ordem Constitucional brasileira.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou o fortalecimento do modelo de controle judicial difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro, aqui entendido em sentido amplo e sistêmico. Deveras, o estudo de sua evolução apontou para a circunstância de que, apesar de ter representado um ganho exponencial para o constitucionalismo pátrio, o modelo difuso, desde sua implantação na Ordem Jurídica nacional, enfrentou problemas estruturais que o impediram de atingir o seu funcionamento ótimo. Assim, a despeito de ter potencializado o pensamento e a cultura constitucionais e de ter aproximado e tornado mais presente a Constituição na vida da sociedade brasileira – notadamente pela via da jurisdição das liberdades –, fato é que o modelo difuso enfrentou problemas para viabilizar um sistema de controle de constitucionalidade que entregasse eficiência e segurança.

Em primeiro lugar, deve-se consignar que, ao se tratar de “modelo” ou “controle difuso”, estra-se-á, no mais das vezes, referindo-se ao modelo ou sistema como um todo e não apenas ao critério subjetivo de competência para a sua realização. Assim, entende-se por modelo ou controle difuso aquele em que, além da ampla competência atribuída a todos os juízes e tribunais para o exercício da fiscalização da constitucionalidade, também aquele em que é caracterizado, cumulativamente: i) pela necessidade de um caso concreto em que haja um litígio ou controvérsia; ii) pela necessidade de provocação do interessado; iii) pela possibilidade de discussão da questão de inconstitucionalidade em processo judicial de qualquer natureza; iv) pela prejudicialidade da questão de (in)constitucionalidade; v) tratamento ou abordagem da questão de inconstitucionalidade de forma meramente incidental (tratando-se o poder de controle de mera extensão do poder judicante); vi) pela impossibilidade de anulação da lei declarada inconstitucional, que apenas tem sua aplicabilidade afastada; e vii) pela eficácia da decisão, em princípio, restrita apenas às partes litigantes, sem prejuízo de mecanismos de expansão dessa eficácia.

Sabe-se que o modelo judicial difuso de controle de constitucionalidade das leis foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Proclamação da República, tendo sido constitucionalizado na Carta de 1891, com evidente inspiração no *judicial review* do sistema americano. Contudo, não se atentou para a circunstância de se tratar de um mecanismo de salvaguarda da constituição com características próprias da *common law*. Assim, ao ser introduzido sem maiores critérios no Direito brasileiro, o mecanismo teve de operar em um sistema jurídico pensado e estruturado a partir da tradição romano-germânica da *civil law*. Com isso, o modelo difuso nasceu, no Brasil, carente de doutrinas e ferramentas que lhe permitissem

o mesmo sucesso obtido no direito americano. Consequentemente, o modelo brasileiro, em que inexistia o princípio do *stare decisis*, padecia de insuficiências crônicas, que, ao longo do tempo, buscaram ser sanadas.

Assim é que na Constituição de 1934 instituiu-se a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais e a intervenção do Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional em decisão definitiva. Esses mecanismos foram mantidos nas Constituições que se seguiram, mas ainda insuficientes para emprestar ao modelo difuso a efetividade almejada. Diante de um sistema que permitia a juízes e tribunais ignorarem as decisões do Supremo Tribunal Federal, viu-se o Poder Judiciário abarrotado de processos, do mesmo modo que essa sobrecarga quase inviabilizou o próprio funcionamento do Excelso Sodalício.

O controle difuso vigorou, por muitas décadas, como único sistema para fiscalização da possibilidade da legislação infraconstitucional com o paradigma do Texto Constitucional. Desconsiderando-se a instituição da “representação interventiva” pela Constituição de 1934 – que não deve ser considerada, propriamente, como instrumento de controle abstrato –, tem-se que foi somente com a edição da Emenda Constitucional nº 16/1965, já sob o período militar, que se implantou o controle concentrado e abstrato de controle, por meio da criação da “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual”. A introdução desse modelo de matriz europeia veio atender às necessidades do Poder Executivo, notadamente diante da restrição da legitimidade para propositura ao Procurador-Geral da República, cargo de confiança do Chefe do Executivo Federal. Buscava-se, por meio dessa inovação, trazer celeridade e mais certeza ao sistema brasileiro de controle, atribuindo-se ao Supremo Tribunal Federal a competência originária e privativa para decidir essa ação especial.

Sem prejuízo da criação do controle concentrado e abstrato (de legitimidade muito restrita, conforme visto), o controle difuso seguiu sendo o protagonista no cenário jurídico nacional. Persistiam, contudo, as insuficiências já constatadas desde a sua criação com a Proclamação da República. Assim, por meio da Emenda Constitucional nº 7/1977, instituíram-se a “arguição de relevância”, que buscava filtrar o acesso à competência recursal da Suprema Corte, bem como a “representação interpretativa”, que almejava atribuir efeito vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação de leis estaduais.

Na trilha da Constituição portuguesa de 1976, o Constituinte de 1987-1988 manteve no Brasil o sistema de controle jurisdicional misto, isto é: previu o exercício da fiscalização da legislação tanto pelo modelo difuso quanto pelo concentrado. Contudo, tornou-se perceptível

que, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o controle concentrado de constitucionalidade fortaleceu-se sobremaneira, ganhando um *status* de proeminência e grande atenção dos estudiosos.

Deveras, o Poder Reformador de 1965 e, posteriormente, o Constituinte Originário de 1987/1988 entenderam pela necessidade de implantação do controle concentrado de constitucionalidade. Essa opção parece ter sido direcionada a corrigir eventuais falhas do modelo difuso que precisariam ser supridas pelo modelo concentrado. Além disso, cabe reconhecer que o controle concentrado passou a ganhar ainda mais importância e atenção a partir da ampliação da legitimidade ativa para a propositura das ações de controle concentrado (genericamente designadas “ações diretas”) e das posteriores alterações promovidas no processo e nos efeitos da decisão no controle concentrado, redimensionando a sua eficácia e efetividade. Com efeito, cabe ressaltar a chegada, por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993, da ação declaratória de constitucionalidade e do seu correspondente efeito vinculante.

Após, vale mencionar o advento da Lei Federal nº 9.868/1999, que disciplinou o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, buscando estender o efeito vinculante destas àquelas (art. 28); e da Lei Federal nº 9.882/1999, que deu concretude à arguição de descumprimento de preceito fundamental e lhe emprestou efeito vinculante à decisão (art. 11). Merece menção, ainda, a constitucionalização do efeito *erga omnes* e vinculante da ação direta de inconstitucionalidade com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Diante desse cenário de potencialização dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional em sede de controle concentrado, ampliando, destarte, o papel e a relevância das ações diretas (assim genericamente tratadas a ADI, ADC e ADPF), o modelo de controle difuso de constitucionalidade pareceu relegado a uma posição de desprestígio. Passou-se a defender, no campo doutrinário, o enfraquecimento ou minimização do controle difuso, alardeando-se a proeminência ou preferência constitucional pelo controle concentrado. No campo jurisprudencial, por sua vez, predominava a noção de precedência do controle concentrado sobre o difuso, de modo que o Supremo Tribunal Federal dava preferência ao julgamento das ações próprias de controle concentrado, suspendendo o julgamento de recursos extraordinários.

Evidentemente, não se quer dizer que, com a anunciada proeminência do controle concentrado, tenha o modelo difuso passado a ser subutilizado na prática forense. Pelo contrário, a fiscalização difusa de constitucionalidade seguiu sendo exercida corriqueiramente pelos milhares de juízes brasileiros e pelas dezenas de tribunais nacionais no bojo dos milhões

de processos que tramitam no Poder Judiciário pátrio. Assim, verifica-se que a compreensão desse modelo seguiu sendo de enorme relevância no cenário jurídico nacional.

Por essa razão, a despeito de movimentos que propugnam a extinção do controle difuso e manutenção exclusiva do controle concentrado e abstrato, aquele sistema segue tendo uma existência sólida e fundamental para o Ordenamento Jurídico nacional. Em primeiro lugar porque o controle difuso é o modelo tradicional de salvaguarda da Constituição brasileira desde os primórdios do regime republicano. Em segundo lugar porque franqueia a possibilidade de qualquer indivíduo reivindicar a aplicação e o respeito à Constituição quando direito subjetivo seu se encontra violado, aproximando a Lei Maior da consciência e do cotidiano popular (uma aproximação entre a pessoa e a Lei Magna). Em terceiro lugar, a aplicação rotineira das normas constitucionais por juízes e tribunais aos casos concretos reforça a percepção de força normativa e vinculatividade da Lei Maior. Em quarto lugar, não se pode perder de vista que o controle difuso é um modelo marcado pela sua vocação à defesa dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais contra as investidas ou omissões ilegítimas do Poder Público. Em quinto lugar, na medida em que o controle difuso volta-se à defesa de direitos fundamentais, tem-se que ele mesmo consiste em uma garantia constitucional dos particulares, devendo ser entendido, então, como direito fundamental subjetivo dos indivíduos ou de coletividades. Em sexto lugar, o controle difuso é, por sua essência, mais democrático, ampliando o alcance dos debates constitucionais, viabilizando a discussão do mesmo tema pelos mais diversos agentes e segmentos sociais, permitindo, assim, a construção de consensos e de entendimentos mais bem consolidados. Por fim, por se tratar de um mecanismo essencialmente técnico-jurídico, permite um certo afastamento do julgador do âmbito dos conflitos políticos, reduzindo as possibilidades de conflitos diretos com os demais poderes.

Contudo, a despeito de sua característica essencialmente descentralizada, o adequado funcionamento do modelo difuso depende de mecanismos de uniformização de interpretação. Nesse sentido, demanda-se um órgão de cúpula da estrutura judicial que seja dotado da capacidade de promover essa uniformização da jurisprudência. Assim sendo, deve-se deixar claro que a existência e o fortalecimento de uma Suprema Corte não são incompatíveis com o modelo difuso. Essa proeminência da mais alta corte, dotada de mecanismo para vinculação das instâncias ordinárias não significa descaracterizar o modelo difuso e transformá-lo em concentrado. Pelo contrário, trata-se da pedra de toque do modelo difuso, que ganha em eficiência, economia, operacionalização e segurança jurídica.

Assim, buscou-se, conforme visto, ao longo da história constitucional brasileira, encontrar meios de ampliar a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal e, com isso,

trazer mais racionalidade ao sistema. Contudo, a solução inicialmente encontrada pelo Constituinte Originário de 1988 foi o de relegar o controle difuso ao segundo plano, reforçando sobremaneira o controle concentrado. Esse desdém persistiu por algum tempo, notadamente pela intensificação da influência do constitucionalismo alemão. O modelo difuso, contudo, seguiu sendo amplamente utilizado, dada a liberdade de acesso ao Poder Judiciário. Assim, a busca de soluções para aperfeiçoamento do controle difuso não foi abandonada.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao promover a Reforma do Judiciário, acabou por impactar substancialmente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. De fato, não se descuidou que a Reforma ainda veio imbuída de uma linha de pensamento que buscava dar protagonismo ao modelo concentrado de controle. Todavia, ainda que não de forma intencional, a Emenda nº 45/2004 acabou por dar sobrevida ao modelo difuso.

Em primeiro lugar, merece destaque a criação da Súmula Vinculante, mecanismo que permitiu ao Supremo Tribunal Federal editar enunciados que veiculassem os seus entendimentos jurisprudenciais consolidados de forma a compelir a sua observância pelos demais órgãos jurisdicionais e pela Administração Pública. Dava-se o primeiro passo no sentido de libertar o controle difuso de suas amarras, permitindo à Excelsa Corte impor o seu entendimento sem a necessidade de intermediação do Senado Federal.

Em seguida, cabe suscitar a segunda grande inovação da Reforma do Judiciário de 2004 no campo do controle difuso de constitucionalidade, consistente no instituto da repercussão geral, que nasceu como requisito de admissibilidade recursal que permitia ao Supremo Tribunal Federal um grau de discricionariedade na admissão dos recursos extraordinários. Tratava-se, na sua origem, de mecanismo voltado à filtragem dos casos que chegariam à competência recursal excepcional da Corte. Sem prejuízo dessa sua natureza inicial, o instituto acabou passando por verdadeira mutação, de modo que também passou a ser uma qualificação dos efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário. A partir disso, as decisões do Supremo Tribunal passaram a contar com uma eficácia expandida, impondo a sua observância às demais instâncias. Com o Código de Processo Civil de 2015, essa nova posição restou consolidada, não havendo mais dúvidas sobre o efeito vinculante da decisão tomada em recurso extraordinário com repercussão geral, uma vez que do seu descumprimento caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal – o que não resta abalado pela exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias. O que se verifica, portanto, é que a repercussão geral não apenas municiou o controle difuso com a possibilidade de decisão com efeito *erga omnes* e vinculante, equiparando-o ao controle concentrado, como foi além e, ao prever as “teses”, acabou por atribuir efeito vinculante à própria *ratio decidendi* do julgado, consagrando a

transcendência dos motivos determinantes da decisão e permitindo uma amplitude ainda maior do que aquela tradicionalmente reconhecida ao controle concentrado. Deveras, não à toa começa-se a perceber o uso das “teses” também no controle concentrado – movimento que merecerá especial atenção doravante.

Merece destaque, ainda, a evolução do mandado de injunção, mecanismo de controle difuso das omissões inconstitucionais. Em sua origem, teve o seu conteúdo esvaziado por posições mais recalcitrantes do Supremo Tribunal Federal, que faziam da ação constitucional um instrumento processual semelhante, em efeitos, à ação direta por omissão (ação do controle concentrado). Assistiu-se, entretanto, a uma alteração paulatina do entendimento da Corte, de modo que o *writ* foi ganhando novos contornos, expandindo-se os seus efeitos e atribuindo-lhe o condão de efetivar os direitos constitucionais subjetivos desrespeitados pela inércia estatal. A adoção da corrente concretista e, notadamente, da concretista geral, transformaram a ação em mecanismo apto a conceder a regulamentação necessária para proteger os direitos subjetivos. A Lei Federal nº 13.300/2016 consolidou esses avanços e os consagrou expressamente em seu texto, bem como passou a prever o mandado de injunção coletivo, atribuindo também legitimidade ativa ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Diante de todo esse cenário, o mandado de injunção possui, atualmente, um impacto muito mais significativo na salvaguarda da Ordem Jurídica do que a ação correspondente no âmbito do controle concentrado das omissões.

O que se depreende de todo o exposto é que o modelo difuso de controle de constitucionalidade passou por profundas alterações nos últimos anos que resgataram a sua relevância e eficácia no Direito brasileiro. O abismo que apartava o modelo difuso do modelo concentrado já não mais subsiste. As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso passaram a gerar o mesmo grau de impacto na vida jurídica do País que as decisões do controle concentrado, com o acréscimo de trazer, ainda, todos os benefícios que são inerentes ao modelo difuso. Dessa forma, hodiernamente, o modelo difuso revela-se um sistema de controle apto a proporcionar uma efetiva e adequada garantia da Constituição e proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2ª Edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVAREZ, Alejandro Montiel. A dessacralização da lei em Atenas: a passagem do *thésmos* ao *nómos* ocorrida entre os séculos VI e IV a.C. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, vol. 6, nº 1, pp. 86-93, jan.-jun. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007498>. Acesso em: 16/03/2022.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2ª edición, Buenos Aires: Astrea, 2015.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRADE, Fábio Martins. A regulamentação da repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários EC no 45/2004, Lei no 11.418/2006 e Emenda Regimental do STF no 21/2007. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, a. 45, n. 177, jan./mar. 2008, pp. 83/94. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160331/Regulamenta%C3%A7%C3%A3o_repercuss%C3%A3o_geral_177.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em 26/12/2022.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. El viejo y buen Estado de Derecho Hispano. In CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS AUTORES. **El Estado de Derecho em el mundo hispánico**. Santiago: José Manuel Cerda Costabal editor, 2019. Disponível em: <https://www.cijc.org/pt/dosieres/Dosieres/El%20Estado%20de%20Derecho%20en%20el%20Mundo%20Hispanico.pdf>. Acesso em 20/05/2021.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In VV.AA. **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

BARBOSA, Rui. **A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893.

BARCELOS, Guilherme. **Sir Edward Coke**: a gênese do controle judicial de constitucionalidade. Florianópolis: Habitus Editora, 2020.

BARRON, Jerome A., e DIENES, C. Thomas. **Constitutional law** (in a nutshell). 6th edition, Saint Paul (MN): West Publishing Co. (Thomson), 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, nº 17, pp. 34-38, jan./mar. de 1997.

_____, e REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n.º 3, pp. 695-713, Dez / 2017. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824>. Acesso em 26/12/2022

BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), Manaus, Anais, pp. 1-10, s/d. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf. Acesso em 02 mar. 2023.

_____. Controle difuso (aspectos gerais). In BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge e AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, ano 51, n. 201, pp. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf. Acesso em 02/05/2023.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª edição – atualizada por José Aguiar Dias, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 10ª edição, Brasília: OAB Editora, 2008.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

_____. **Constituição do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. **Decreto nº 29, de 3 de dezembro de 1889**. Nomeia uma comissão para elaborar um projeto de Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-29-3-dezembro-1889-517853-publicacaooriginal-1-pe.html>.

_____. **Decreto nº 78-B, de 21 de dezembro de 1889**. Designa o dia 15 de setembro de 1890 para a eleição geral da Assembléa Constituinte e convoca a sua reunião para dois meses depois, na capital da Republica Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0078-B.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2078%20DB%2C%20DE%2021%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201889.&text=Designa%20o%20dia%2015%20de,na%20capital%20da%20Republica%20Federal.

_____. **Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890**. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>.

_____. **Decreto nº 511, de 23 de junho de 1890**. Manda observar o regulamento para a eleição do primeiro Congresso Nacional. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-511-23-junho-1890-518227-norma-pe.html>.

_____. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm.

_____. **Decreto nº 914-A, de 23 de outubro de 1890**. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, submetida pelo Governo Provisorio ao Congresso Constituinte. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-914-a-23-outubro-1890-517812-norma-pe.html>.

_____. **Decreto nº 4.381, de 5 de dezembro de 1921**. Autoriza o Poder Executivo a criar tres tribunaes regionaes no territorio nacional, fixa a alçada dos juizes federaes e dá outras providencias. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4381-5-dezembro-1921-569428-norma-pl.html>.

_____. **Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930**. Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras

providencias. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19398.htm.

_____. **Decreto-lei Federal nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm.

_____. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.** Emendas à Constituição Federal de 1891. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm.

_____. **Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977.** Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.

_____. **Lei de 12 de outubro de 1832.** Ordena que os Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, lhes confirmam nas procurações faculdade para reformarem alguns artigos da Constituição. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-12-10-1832.htm.

_____. **Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834** (Ato Adicional de 1834). Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Imperio, nos termos da Lei de 12 de Outubro de 1832. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm.

_____. **Lei nº 105, de 12 de maio de 1840** (Lei de Interpretação). Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM105.htm.

_____. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894.** Completa a organização da Justiça Federal da República. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-norma-pl.html>.

_____. **Lei Federal nº 2.271, de 22 de julho de 1954.** Provê sobre a argüição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-

1969/L2271.htm#:~:text=LEI%20No%202.271%2C%20DE%2022%20DE%20JULHO%20D E%201954.&text=Prov%C3%AA%20s%C3%B4bre%20a%20arg%C3%BCi%C3%A7%C3 %A3o%20de,Art..

_____. **Lei Federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964.** Regula a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos do artigo 7º, nº VII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4337.htm#art9.

_____. **Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm.

_____. **Lei Federal nº 8.038, de 28 de maio de 1990.** Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm.

_____. **Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm.

_____. **Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm.

_____. **Lei Federal nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.** Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm.

_____. **Lei Federal nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.** Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm.

_____. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

_____. **Lei Federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 23.121-GO.** Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Monocrática. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18/DF**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 28/08/2018, DJe 10/09/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Monocrática. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF – Medida Cautelar**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 19/04/2004, DJ 04/05/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo de Instrumento nº 745.326 AgR/RO**. Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 17/12/2013, DJe 11/02/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Reclamação nº 11.473 AgR/CE**. Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 17/03/2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Reclamação nº 19.384 AgR**. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 07/06/2016, DJe 22/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 238.790 AgR/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 08/02/2011, DJe 15/03/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 528.869 AgR/SP**. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 16/12/2014, DJe 24/02/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação nº 4.210/SP**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 26/03/2019, DJe de 24/05/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação nº 36.009/PR**. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/08/2021, DJe 27/09/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 246.903 AgR/SC**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 26/11/2013, DJe 19/12/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Cível Originária nº 787/BA**. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 17/12/2022, DJe de 31/01/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Cível Originária nº 3.508-TA-Ref/DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/05/2021, DJe de 06/07/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-QO**. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 27/10/1993, DJ 16/06/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18-MC/DF**. Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 13/08/2008, DJe 23/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221-MC/DF**. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 29/03/1990, DJ 22/10/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.875 AgR/DF**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 20.06.2001, DJe 12.12.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.545/RJ**. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 13/04/2023, DJe 16/06/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 30/11/2016, DJe 18/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13/06/2019, DJe 06/10/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo de Instrumento nº 715.423-QO**. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 11/06/2008, DJe de 05/09/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ – Questão de Ordem**. Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 03/02/2020, DJ 07/11/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 893/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia, redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 21/06/2022, DJe 05/09/2022

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 33.440/SP**, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Hungria, julgado em 26/01/1955, DJ 23/06/1955.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 40.910/PE**. Relator Ministro Hahnemann Guimarães, julgado em 24/08/1964, DJ 19/11/1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 41.049/AM**. Relator Ministro Antonio Martins Vilas Boas, julgado em 04/11/1964, DJ 22/12/1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 41.296/DF**. Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, julgado em 23/11/1964, DJ 22/12/1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 42.108/PE**. Relator Ministro Evandro Lins, julgado em 19/04/1965, DJ 19/05/1965.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 42.560/PE**. Relator Ministro Luiz Gallotti, redator para o acórdão Ministro Evandro Lins, julgado em 27/09/1965, DJ 22/04/1966.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 3.557/DF**, Relator Ministro Luiz Gallotti, redator para o acórdão Min. Afrânio Costa - conv., julgado em 07/11/1956, DJ 04/04/1957.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 21.443/DF**. Relator Ministro Octavio Gallotti, julgado em 22/04/1992, DJ 21/08/1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 32.033**, rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, julgado em 20/06/2013, publicado no DJe 18/02/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação nº 4.335/AC**. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2014, DJe 22/10/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso em Habeas Corpus nº 41.609/CE**. Relator Ministro Victor Nunes Leal, julgado em 16/12/1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 914.045-RG/MG**, relator Ministro Edson Fachin, julgado em 15/10/2015, DJe 19/11/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 422.349/RS**. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 29/04/2015, DJe 05/08/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR**. Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017, DJe 02/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 590.829/MG**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/03/2015, DJe 30/03/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 650.898/RS**. Relator Ministro Marco Aurélio, Redator para acórdão Mininistro Roberto Barroso, julgado em 01/02/2017, DJe 24/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 658.026/MG**. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 09/04/2014, DJe 31/10/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 949.297/CE**. Relator Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 08/02/2023, DJe 02/05/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 955.227/BA**. Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 08/02/2023, DJe 02/05/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 1.041.210 RG/SP**. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/09/2018, DJe 22/05/2019.

BRITANNICA, The Editors of Encyclopaedia. “Bonham’s Case”. **Encyclopedia Britannica**, 21 Nov. 2013. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Bonhams-Case>. Acesso em: 22 de março de 2023.

_____. “Instrument of Government”. **Encyclopedia Britannica**, 23 Jun. 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Instrument-of-Government-England-1653>. Acesso em 22 de março de 2023.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: vocábulos expressões da língua geral e científica-sinônimos contribuições dos tupi-guarani. São Paulo: Editora Lisa S.A., 1988, vol. VII.

BUENO, José Antonio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve e C., 1857.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição – 8ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª edição – reimp., Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 14, n. 40, pp. 99-116, abr./ jun. 2010. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/78/566>. Acesso em: 18/09/2022.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. São Paulo: Almedina, 2015.

_____. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, ano 53, n. 209, pp. 115-132, jan./mar. 2016.

CORONA MARZOL, María del Carmen. **Las instituciones políticas en la Corona de Aragón desde sus orígenes al reinado de Carlos II**. Millars. *Espai I Història*, 12 (32), pp. 97-122, jun./2009. Disponível em: <https://www.e-revistas.uji.es/index.php/millars/article/view/3003>. Acesso em 20/05/2021.

CORRÊA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

CORWIN, Edward Samuel. **The “higher law” background of american constitutional law**. Ithaca: Cornell University Press, 1957.

_____. **The doctrine of judicial review: its legal and historical basis and other essays**. New Brunswick: Transacton Publishers, 2014.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2ª edição, São Paulo: Editora UNESP, 2006.

COXE, Brinton. **An essay on judicial power and unconstitutional legislation**. Filadélfia: Kay and Brother, 1893.

CRUZ VILLALON, Pedro. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidade** (1918-1939). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução à edição brasileira. In Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição – reimp., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In VV.AA. **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. 8th edition, London: Macmillan and Co. Ltd., 1915.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro. In NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri, e LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais (Thomson Reuters Brasil), 2021.

_____; e _____. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, ano 2, n. 5, pp. 217-238, jan./mar. 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/10612/19528>. Acesso em: 18/09/2022.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, vol. IV.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidade. **Pensamiento Constitucional**, Lima (Peru), Año IV, N° 4, pp. 167-216, 1997. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3302>. Acesso em 27/11/2022.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, núm. 13, pp. 137-180, 2009.

_____. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 34, pp. 27-44, dez./1990.

_____. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. **Revista de informação legislativa (RIL)**, v. 23, n. 89, pp. 49-62, jan./mar. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181667>. Acesso em 18 abr. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 1–18, 2000. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47523>. Acesso em: 19 de abril de 2023.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In TAVARES, André Ramos, e ROTHENBURG, Wlaler Claudius (orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FINE, Toni M. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. In TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, cap. 11, pp. 347-381.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Trad. Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**, vol. II: formação constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. História breve do constitucionalismo no Brasil. **Revista de direito público (RDP)**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano I, v. 3, pp. 62-98, jan./mar. 1968.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Controle de constitucionalidade na Europa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XX, nº 84, pp. 05-09, out./dez. de 1987.

_____. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4ª edición, Cizur Menor: Civitas (Thomson Reuters), 2006.

GARGARELLA, Roberto. Latin America: constitutions in trouble. In GRABER, Mark A., LEVINSON, Sanford, e TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional democracy in crisis?** New York (NY): Oxford University Press, 2018.

GHIGLIANI, Alejandro E. **Del control jurisdiccional de constitucionalidad**. Buenos Aires: Depalma, 1952.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **La cour suprême dans le système politique brésilien**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1994.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 13, n. 35, pp. 61-103, jan. / mar. 2009. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/72/518>. Acesso em: 8 out. 2022

GONZALES RIVAS, Juan Jose. **La justicia constitucional**: derecho comparado y español. Madrid: EDERSA, 1985.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 2018.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HORTA, Raul Machado. **O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar**. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1953.

JELLINEK, Georg. **Una corte costituzionale per l'Austria**. Trad. Elisabetta Palici di Suni. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição – reimp., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

LAMY, Marcelo, e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Trad. Antônio Roberto Hildebrandi. 1ª edição – 4ª tiragem, Leme: EDIJUR, 2020.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª edição – 4ª reimpressão, Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. **A desjudicialização da política e a desconstitucionalização do STF**. 2010. 141f. Tese de doutorado – UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 54. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/15463>. Acesso em: 12 de julho de 2022.

MACHADO, Gustavo Castagna. Os forais (charters) e o seu papel de limitar o poder governamental e garantir liberdades na tradição colonial norte-americana. **Direito & Justiça**, v. 40, n. 1, pp. 20-29, jan./jun. 2014 Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1984-7718.2014.1.16545>. Acesso em 15/04/2023.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, v. 43, n. 172, pp. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93276>. Acesso em 12/07/2022.

MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saulle, e ROMBOLI, Roberto. **Giustizia costituzionale**. 7ª edição, Torino: G. Giappichelli Editore, 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 39ª edição, São Paulo: Malheiros editores, 2022.

MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência das liberdades sob a égide da Constituição de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 26, n. 87, pp. 15-70, 2015. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dax_revista_trf_87.pdf. Acesso em 23/08/2022.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. 1ª edição – reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.

MOORE, Blaine Free. **The Supreme Court and unconstitutional legislation**. New York: Columbia University, 1913.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOTTA FILHO, Cândido. Rui Barbosa e o poder judiciário. **Revista de direito público (RDP)**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano I, v. 1, pp. 159-169, jul./set. 1967.

NOWAK, John E., e ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 8th edition, St. Paul (MN): West Publishing (Thomson Reuters), 2010.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PANUTTO, Peter. A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 242, pp. 357-388, abril-2015.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. 4 tomos.

ROSENFELD, Michel. O julgamento constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007, cap. 7, pp. 223-264.

ROSENN, Keith S. The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an explanation. **Inter-American Law Review**, University of Miami, vol. 22, n. 1, pp. 1-39, 1990. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/umialr/vol22/iss1/2>. Acesso em: 15/04/2023.

SALLES, Manoel Ferraz de Campos. Exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. **Coleção de Leis do Brasil** - 1890, p. 2744, Vol.-Fasc. X. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em 14/01/2023

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Commentarios á Constituição Brasileira**. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista Direito GV**, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, vol. 10, n. 2, pp. 597-614, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/21682?show=full>. Acesso em 08 de outubro de 2022.

SCHWARTZ, Bernard. **American constitutional law**. Cambridge: University Press, 1955.

_____. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

_____. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, pp. 205-225, jul/dez 2015. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/605>. Acesso em: 14/03/2023.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica** - 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª edição, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

_____. **Jurisdição constitucional**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O papel do Judiciário na defesa das liberdades constitucionais: uma análise do caso Pasquim. In RÊGO, Werson (coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial: estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

_____. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005a.

_____. As duas cartas: da terra ao bosque (entre patrimonialismo e coletivismo). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, pp. 479-497, set./dez. 2015.

_____. Justiça constitucional – originalidades históricas e tipicidade latino-americana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, nº 29, pp. 245-262, mai/ago. 2014.

_____. Perfil constitucional do recurso extraordinário. In TAVARES, André Ramos, e ROTHENBURG, Wlaler Claudius (orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005b.

_____ e HERANI, Renato Gugliano. Da Magna Carta ao direito processual constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, nº 33, pp. 499-527, set./dez. 2015.

TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 58, pp. 455-562, nov. 2005. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/treanor.pdf>. Acesso em: 20/09/2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Marbury v. Madison**. Rel. Justice John Marshall. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Acesso em 02/12/2022.

URUGUAY, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). **Estudos praticos sobre a administração das províncias no Brasil** - primeira parte: Acto Adicional. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro editor, 1865, 2 tomos.

VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, n. 14, pp. 197-271, jul./dez. 2009. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Predominancia_do_Controlo_Concentrado\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_(Predominancia_do_Controlo_Concentrado).pdf), consultado em 11/06/2020.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192, pp. 1-28, 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732>. Acesso em: 30 nov. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2ª edição, São Paulo: Malheiros editores, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

VILE, Maurice John Crawley (M. J. C.). **Constitutionalism and the separation of powers**. 2nd edition, Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Controle de constitucionalidade na Constituição da República de 1934 – revisitando a origem do quórum qualificado e da atuação do Senado Federal no modelo concreto-difuso de judicial review. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, ano 12, n. 44, pp. 77-99, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10490/17015>. Acesso em: 19 out. 2022