

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DA JUSTIÇA

JOSÉ MURILO DUAILIBE SALEM NETO

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS INSTRUMENTOS DE
AMPLIAÇÃO DOS SEUS EFEITOS:** garantidores da integridade ou elementos de
contenção do acesso à justiça.

SÃO LUÍS
2015

JOSÉ MURILO DUAILIBE SALEM NETO

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS INSTRUMENTOS DE
AMPLIAÇÃO DOS SEUS EFEITOS:** garantidores da integridade ou elementos de
contenção do acesso à justiça.

Dissertação de Mestrado em Direito e
Instituições do Sistema de Justiça,
apresentado ao Programa de Pós-
graduação em Direito da Universidade
Federal do Maranhão, para obtenção do
título de mestre.

Orientadora: Prof^a. Dr.^a Márcia Haydée
Porto de Carvalho.

SÃO LUÍS

2015

Salem Neto, José Murilo Duailibe

O controle difuso de constitucionalidade e os instrumentos de ampliação dos seus efeitos: garantidores da integridade ou elementos de contenção do acesso à justiça / José Murilo Duailibe Salem Neto. — São Luís, 2015.

133 f.

Orientador: Prof. Dr^a.: Márcia Haydée Porto de Carvalho.

Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Controle difuso. 3. Integridade do direito. 4. Razão pública. I. Título.

CDU 342

JOSÉ MURILO DUAILIBE SALEM NETO

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS INSTRUMENTOS DE
AMPLIAÇÃO DOS SEUS EFEITOS:** garantidores da integridade ou elementos de
contenção do acesso à justiça.

Dissertação de Mestrado em Direito e
Instituições do Sistema de Justiça,
apresentado ao Programa de Pós-
graduação em Direito da Universidade
Federal do Maranhão, para obtenção do
título de Mestre em Direito

. Linha de pesquisa: Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho (Orientadora)

Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai

Profa. Dra. Ana Luiza Almeida Ferro

Dedico esse trabalho a minha noiva e a minha família, sempre dispostas a me ajudar e apoiar, sem as quais não teria forças para chegar até aqui.

“Se Hércules tivesse renunciado à responsabilidade que descrevi, que inclui a responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido um traidor, e não um herói da limitação judicial.”

Ronald Dworkin

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família: meus pais Naby e Rejane, meus irmãos Saphyra e Naby Jorge, meus avós Murilo, Antônia, Severino e Aurenize, e a todos os demais familiares, em especial meus primos Rodrigo, Camilo e minha tia Cláudia, por todo o apoio e ajuda nesta caminhada, mesmo distantes influenciaram para a realização deste trabalho;

Agradeço especialmente a minha noiva, Luciana, sem a qual dificilmente eu teria chegado até aqui, por ter sido sempre minha companheira, incentivadora e inspiração;

Aos membros da família de minha noiva, meus futuros sogros, e meus cunhados.

Aos meus amigos não poderia deixar de agradecer, por entenderem a minha ausência e apoiarem na decisão, em especial Tarcísio, que além de amigo é meu sócio e sem o qual não teria condições de encontrar tempo para esta empreitada; bem como a Gabriel, sempre disposto a discutir os temas do meu trabalho e ajudar com textos e conselhos; a Alistelman, Raul, Rogério, Rafael, em nome dos demais;

Agradeço a meus professores do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema da Justiça da Universidade Federal do Maranhão, por compartilhar o conhecimento adquirido à custa de anos e anos de estudo e pesquisa. Em especial, aos professores Paulo Roberto, pela condução do programa e disponibilidade em ajudar sempre que requisitado; Monica Sousa, que foi minha professora na graduação e felizmente foi novamente minha professora, pela sabedoria e inquestionável carinho com todos os alunos; ao Prof. Ney Bello por todas as aulas, momentos de descontração e sugestões de leitura; aos Professores Cassius Chai e Edith Ramos pelas inúmeras e valorosas sugestões quando da qualificação da dissertação; espero poder honrar o conhecimento legado.

Agradeço imensamente a minha orientadora, Professora Márcia Haydee Carvalho, pela ajuda inestimável para a realização desta pesquisa, pelos muitas correções e sugestões, pelos incentivos e palavras acolhedoras;

Aos funcionários do PPGDIR, que mantém funcionando nossa secretaria, biblioteca, segurança, zeladoria, em especial Lilian, sem a qual ficaríamos perdidos;

Aos meus meus colegas de Mestrado, por dois anos de convivência, muitos debates e pelo clima de amizade e companheirismo que reinou entre nós e que espero perdure sempre;

Aos colegas de SEDES, e em especial a Adriana Mendonça, pelo grande auxílio e compreensão do que significa a realização de uma pesquisa de mestrado;

Ao Secretário Neto Evangelista, pelo apoio e confiança;

Ao Prof. Ramiro, pela correção de português realizada com presteza e seriedade;

Aos colegas de UEMA e aos Professores da UNDB, em especial Profs. Raposo, Vail e Choairy, meus professores de graduação na UNDB e agora estimados e disponíveis colegas;

Por fim, agradeço a FAPEMA, pela concessão de bolsa para a pesquisa, e a todos aqueles que contribuíram com a minha formação e com a presente pesquisa;

RESUMO

A presente pesquisa estuda o controle de constitucionalidade difuso, em especial o realizado através do Recurso Extraordinário, e sua possibilidade de garantia do direito como integridade, diante das modificações que ampliaram seus efeitos, bem como implantaram institutos que modificaram seus requisitos de admissibilidade. Neste intuito, expõe como se firmou o ideal de supremacia constitucional, baseado no constitucionalismo de direitos e no exercício de Estados constitucionais de direito. Destacando os argumentos de legitimidade do controle de constitucionalidade, mormente para garantia de direitos fundamentais, bem como analisa a criação deste instrumento e seu histórico no Estado brasileiro. Destacando as funções das alterações recentes no controle de constitucionalidade difuso, em uma análise sobre a difícil relação entre garantia da integridade e racionalização da tutela jurisdicional, com a criação de requisitos de acesso à prestação jurisdicional pelo STF.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Integridade do direito. Razão pública.

ABSTRACT

The present research studies the diffused constitutionality control, specifically through the Extraordinary Appeal, and its possibility to be a warrant of rights as integrity, against the changes that expanded its effects, as well as implemented institutes that also changed its admissibility requirement. In that order, is exposed how the constitutional supremacy ideal was accomplished, based on the constitutionalism of fundamental rights and the assignment of constitutional States of right. Highlighting the legitimacy arguments of the constitutionality control, especially for the warrant of fundamental rights, as well as analyzes the origination of this instrument and its history on the Brazilian State. Highlighting the functions of the recent changes on the diffused constitutionality control, in a analysis about the hard relation between the warrant of integrity and the rationalization of the judicial protection, with the creation of access requirements.

Keywords: Constitutionality control. Diffused control. Integrity of the right. Public reason.

LISTA DE SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
TJMA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
Rcl	Reclamação Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
2. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	18
2.1 Constituição, constitucionalismo e supremacia constitucional: da organização do poder ao reconhecimento de direitos fundamentais	19
2.2 A legitimidade do controle de constitucionalidade e a (des)necessidade de um controle substancial	33
2.3 O modelo americano de controle (controle por meio difuso)	43
2.4 O modelo austríaco-germânico de controle de constitucionalidade (controle concentrado)	49
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: o histórico brasileiro, sua objetivação e a tentativa de construção hermenêutica de um novo controle difuso	56
3.1 Histórico do controle de constitucionalidade brasileiro	57
3.2 O controle de constitucionalidade brasileiro difuso e a ampliação dos seus efeitos: racionalidade, distorções ou complementaridades?	67
3.3 A hermenêutica constitucional e a (tentativa de) mudança no controle difuso de constitucionalidade: o caso do Art. 52, X, da CF/88	83
4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE CONSTITUCIONAL E AS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL	97
4.1 Análise crítica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e as possibilidades do controle difuso	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

Cada Estado Nacional possui uma constituição que é a lei fundamental que regula a estrutura do aparelho estatal e a vida dos cidadãos, organizados em sociedades cada vez mais complexas e plurais.

No âmbito dessas estruturas, não raramente, verificam-se tensões políticas e/ou jurídicas. A pluralidade é observada pela existência de diversos grupos de pessoas, identificáveis ou não, que possuem concepções diferentes sobre os valores que deverão ser juridicamente protegidos. Esses grupos formam o povo dos Estados. E terão de conviver harmonicamente, buscando equilíbrio entre os valores defendidos por cada grupo, mesmo que seus valores sejam diversos.

Doutrinas religiosas e filosóficas definem regras e valores individuais e associativos, afetando a vida em sociedade individual ou coletivamente. A dissonância entre as doutrinas é fruto das limitações da “capacidade de juízo”. Portanto, deve-se pautar pela tolerância em relação aos pensamentos divergentes. (RAWLS, 2011, p. 64-69)

Essa pluralidade de valores advém da realidade de que esses grupos professam o que Rawls (2011) denomina de doutrinas abrangentes, dentre as quais é possível dividir dois grupos, as razoáveis e as não razoáveis. Logo, todas as doutrinas abrangentes razoáveis estão aptas a ser discutidas e defendidas, podendo vir a influenciar a criação de normas que irão regular toda a sociedade.

A caracterização de uma doutrina abrangente como razoável, segundo Rawls (2011, p. 70), verifica-se em função de três critérios: uma doutrina abrangente razoável é exercício de razão teórica, organizando valores e dando primazia a alguns de modo compreensível; deve ser ainda exercício de razão prática, equilibrando os valores e resolvendo conflitos entre estes valores; e, por fim, é pautada por uma “tradição de pensamento e doutrina”, possuindo estabilidade, mesmo que se modificando lentamente.

Por outro lado, um cidadão pode defender uma doutrina abrangente e atribuir somente à ela a possibilidade de acerto, afirmando-a como verdadeira e as demais como falsas. Neste ponto, deixa de ser razoável.

Acerca de tal possibilidade Rawls (2011, p. 72-73) afirmou:

Obviamente, aqueles que insistem em suas crenças também pensam que só elas podem ser verdadeiras. Impõem-nas porque, dizem, são verdadeiras, e

não porque sejam suas crenças. Mas essa é uma afirmação que todos poderiam fazer. Trata-se, além disso, de uma afirmação que ninguém teria como defender perante os cidadãos em geral. Desse modo, quando fazemos afirmações desse tipo, os outros, que são eles próprios razoáveis, nos verão como não razoáveis. E de fato o somos, já que nos dispomos a empregar o poder estatal, a coerção coletiva dos cidadãos iguais, para imprimir o restante da cidadania de professar suas visões não desarrazoadas.

Ponto crucial para a teoria de Rawls (2011) é a tolerância que os indivíduos têm de demonstrar para com os indivíduos que professam doutrinas que possuam pontos divergentes. Para esse autor, a sociedade bem-ordenada pelas razões certas precisa de um compromisso com a tolerância e com o respeito às visões de mundo dos demais: “Não é razoável que empreguemos o poder político, se dispomos dele ou o compartilhamos com outros, para reprimir doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas”. (RAWLS, 2011, p. 73)

A situação acima é exemplificada por um Estado onde maiorias eventuais, ou duradouras, visem utilizar o poder estatal da regulação coercitiva para criar normas gerais de maneira a lesar o direito de minorias que professem doutrinas abrangentes com valores diversos. Aqui, encontra-se uma distorção. A discussão tratada no trabalho é sobre qual o melhor meio de encontrar uma solução para corrigir eventuais falhas, como a exposta acima.

Dworkin (2014, p. 98) toma emprestado de Rawls a expressão “consenso sobreposto” para afirmar que a constituição se insere neste conceito, uma vez que a sociedade necessita de uma base de consenso para que possa se sustentar. Algumas regras e valores devem aceitos por todos, de forma duradoura.

No caso brasileiro, a Constituição deve ser aceita por todos, e em especial o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, posto que transformados em cláusulas pétreas (BRASIL, 2015). Configurando o núcleo mais importante da CF/88.

Portanto, havendo o consenso de que os direitos e garantias fundamentais são as normas mais importantes da CF/88, deve-se possuir meios de conformar a legislação criada a partir da CF/88 à sua vontade, ao que é “consenso sobreposto”.

O desenvolvimento das constituições modernas se deu em grande parte para garantir o direito dos cidadãos contra os abusos ou arbitrariedades do Estado, mas elas vão regular também os direitos dos cidadãos entre si, e ainda, nortear a produção legislativa. Mesmo numa democracia onde impere o autogoverno, podem-se encontrar arbitrariedades e abusos, inclusive na produção legislativa.

Com efeito, as normas inferiores que irão regular em pormenores as vidas dos cidadãos deverão ser produzidas conforme e segundo dispõe a Constituição que lhes é superior.

Se por vezes, a criação normativa pode ser eivada de vícios, incompatibilidades com o sistema e com a determinação constitucional superior, mostram-se necessários instrumentos de correção, visando suplantar tais erros.

A democracia, enquanto autogoverno, possibilita a criação de regras gerais, contudo deve ser limitada pelo “consenso sobreposto” das regras constitucionais.

O Direito brasileiro criou um sistema de constitucionalidade complexo e dividido em dois modelos, antes bastante distintos, mas que vem apresentando uma aproximação.

O objetivo deste trabalho é analisar qual o modelo de controle de constitucionalidade das leis no Brasil e apontar mecanismos para aperfeiçoá-lo a fim de viabilizar as garantias e direitos fundamentais.

Apresenta-se como justificativa a constatação realizada por alguns pesquisadores de que o controle concentrado de constitucionalidade, na realidade brasileira, tem historicamente apresentado maiores resultados e é mais utilizado para a defesa de interesses do próprio Estado, ou de grupos de grande influência social, como associações e entidades de classe, ao passo se que baseia ainda, em grande parte, em conformação às normas explícitas na CF/88.

A partir desse dado, a hipótese apresentada no trabalho é de que o controle de constitucionalidade difuso tem passado por mudanças que podem garantir maior proteção aos direitos fundamentais do que esse controle tem assegurado até então, juntamente com o controle concentrado, superando a ideia de que tais alterações podem apenas servir para a contenção dos recursos ao STF, que tem sentido o volume de processos como elemento impediante ao seu regular funcionamento.

Assim, no primeiro capítulo foram abordadas questões sobre a ideia de constituição, as concepções de democracia e sobre a necessidade do controle de constitucionalidade das leis. Para tanto, expôs-se o conceito de constituição e seus debates, perpassando pelo movimento do constitucionalismo enquanto defensor da regulação de direitos através da constituição, bem como se abordou a ideia da

supremacia constitucional, que impõe a vinculação das regras e condutas à constituição. Em um segundo momento abordou-se a questão da legitimidade do controle de constitucionalidade em sua relação com a democracia, partindo do debate entre concepções de controle de controle de constitucionalidade substantivo e de controle de constitucionalidade procedimentais.

Analisam-se, portanto, os fundamentos teóricos que autorizam a utilização do controle de constitucionalidade e seus limites, a partir das ideias de Rawls (2011) e Dworkin (2014, 2005, 2007, 2011, 2006) mais expansionistas em detrimento de Ely, que defende um controle mais restrito.

Rawls (2011) se preocupa em entender como funciona a criação da Constituição e os requisitos para sua estabilidade. Já Ely (2010) analisa as possibilidades de controle pelo Judiciário das normas incompatíveis com o sistema constitucional estabelecido. E Dworkin (2007) apresenta argumentos que visam a manutenção da integridade do direito e defende uma maior inter-relação da moral com o direito.

Em que pese seus objetos de estudo não se confundirem, possuem pontos de ligação, que podem levar a reflexões importantes sobre justiça, a sociedade, a democracia e os seus fundamentos.

Após, foram examinados os modelos de controle de constitucionalidade, através do seu surgimento e das práticas em seus locais de origem. Importantes em razão da sua expansão para outros países, bem como o Brasil que é historicamente influenciado pelo modelo americano e também pelo modelo austro-germânico.

Em seguida, estudou-se a influência desses modelos no Direito brasileiro, através da análise histórica do controle de constitucionalidade através das constituições do Estado brasileiro em diferentes épocas.

Tratou-se, ainda, da situação atual do controle difuso de constitucionalidade e da ampliação do controle concentrado através dos anos e que culminou na criação de diversas ações baseadas no controle concentrado, sob a promessa de celeridade e eficiência.

Foram apresentadas, ainda, as perspectivas do controle de constitucionalidade difuso, visando analisar a garantia da integridade do ordenamento, sobretudo com a tutela dos direitos fundamentais, estudando-se os instrumentos de ampliação da decisão no controle de constitucionalidade e suas consequências, numa

realidade de modificação das funções do STF, devido à alta demanda do Poder Judiciário.

Ao final, considerações sobre as mudanças na Constituição brasileira capazes de transformar a sistemática do controle difuso, modificando o acesso ao STF através de recurso extraordinário e ampliando os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade, bem como as alterações na legislação processual civil que podem influir no sistema de controle de constitucionalidade.

Neste intuito foram analisados institutos como a repercussão geral e a súmula vinculante, bem como as alterações legislativas recentes, advindas do novo Código de Processo Civil, considerando-se prevalentemente a sua relação com a finalidade do respeito à integridade do Direito nacional, mas também, ainda que não somente, ainda a possibilidade de utilização como elementos de contenção para o volume de processos.

2. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A constituição, segundo Dworkin (2007, p. 476), é a “mãe e guardiã da democracia”. Só através da constituição seria possível garantir as bases de uma democracia em sua plenitude.

Para esse autor é necessária a construção de um arcabouço institucional através da constituição para que a democracia seja garantida e respeitada.

Contudo, é importante frisar que democracia não é um substantivo, algo pronto ou modelo definido. Democracia poderia ser classificada como um adjetivo, algo que confere qualidade. A qualidade do que é democrático.

A democracia foi trabalhada por Rawls (2011) no contexto da dicotomia entre democracia majoritária e democracia constitucional. No âmbito da sua teoria da justiça como equidade, obtida através do modelo de liberalismo político construído em sua obra, demonstra a existência de uma democracia constitucional no momento em que direitos estabelecidos para todos não poderiam ser retirados nem mesmo por regras construídas por maioria.

É ainda esse autor (RAWLS, 2011, p. 502 - 503) que explica que, em contraposição, há a concepção de democracia majoritária, de onde se esperariam resultados justos e razoáveis apenas por terem sido criados através dos votos equitativos da maioria, sem limitações substantivas.

A democracia majoritária é, por definição, um modelo de democracia que tem como qualidade do procedimento a participação equitativa dos cidadãos nos rumos da sociedade, é um modelo de autogoverno. Neste modelo não seria necessário o controle de constitucionalidade das leis para alterar a legislação em seu âmbito substantivo.

Para os defensores da garantia da democracia majoritária o Judiciário poderia agir para controlar as leis que criassem empecilhos para a equidade do procedimento, desbloqueando os canais de mudanças políticas ou de participação dos cidadãos. (ELY, 2010)

Contudo, Dworkin (2005, p. 83) questiona: “em que sentido o conceito de democracia é um conceito processual distinto de um conceito substantivo?”

Dworkin (2014) é favorável à possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, defendendo a concepção de uma

democracia coparticipativa¹, em detrimento à uma democracia majoritária. Argumentando, ainda, que o controle de constitucionalidade das leis pode ser instrumento valioso para a manutenção desta democracia coparticipativa, a despeito das críticas de que o controle de constitucionalidade nestes moldes é antidemocrático.

Os fundamentos para a defesa do controle de constitucionalidade das leis serão apresentados, bem como o seu objetivo, que é a manutenção dos direitos constitucionalmente previstos, o que se convencionou denominar supremacia constitucional.

2.1 Constituição, Constitucionalismo e Supremacia Constitucional: da organização do poder ao reconhecimento de direitos fundamentais

O conhecimento da ideia de constituição é necessário para que se possa estudar o direito constitucional e, em seu âmbito, o controle de constitucionalidade. Contudo, a sua conceituação não é tarefa de fácil resolução.

Acima foi apresentada a descrição de Dworkin (2007), na qual ele descreve a constituição como “mãe” e “guardiã” da democracia. Porém, temos diferentes concepções sobre a ideia de constituição.

Na tentativa de uma definição sobre qual seria o significado de constituição, utilizaram-se diversos critérios de observação, modificados através do transcorrer do tempo. Cunha Jr (2014) expõe que, para os antigos, a constituição era o conjunto de regras não escritas de regulação do Estado, que, mesmo quando continham reconhecimento de direitos fundamentais, não se possuía garantia de seu cumprimento, ante a sua inexigibilidade e a ideia de supremacia do parlamento que poderia modificar a constituição por vias ordinárias.

Contudo, antes de prosseguir, importa apontar as bases da ideia de constituição. Na perspectiva desenvolvida por Rothenburg:

A palavra “Constituição tem o significado corrente de elementos que formam (constituem) algo; também em direito, porém é preciso completar e ajustar esse conceito técnico (jurídico-normativo). Assim, atualmente, a Constituição tende a aparecer como um conjunto de normas jurídicas que está expresso num documento escrito, que fundamenta (dá sustentação, “ilumina”) todo o direito da sociedade, sendo dotado de superioridade. (2012, p. 132).

¹ A democracia coparticipativa pressupõe que em uma democracia verdadeira os cidadãos devem ter papéis ativos e igualitários na formação e na construção da opinião pública. (DWORKIN, 2014)

Percebe-se, assim, que a constituição possui esta nomenclatura em função de sua própria característica de estrutura inicial, de elemento que dá início à estrutura de formação do direito de uma sociedade.

Ferreira Filho (2012) afirma que, através da obra de Aristóteles, tem-se conhecimento de que, desde a Grécia antiga, já existiam leis específicas sobre o funcionamento do Estado, leis que organizavam o próprio poder, possibilitando a diferenciação entre estas, de cunho constitucional e as demais.

Fato é a possibilidade de afirmar que as relações humanas em sociedade prescindem de uma regulação mínima e esta é a sua constituição. Todavia, a constituição, enquanto conceito atual, não mais é simplesmente as regras mínimas de uma determinada sociedade.

Em análise filosófica do significado de Constituição, Barzotto (2012, p. 985) afirma que “a Constituição é a mediação entre direito e política” e complementa sua caracterização da Constituição, em referência ao seu momento de criação:

No seu momento fundador, a Constituição é um ato político que visa um conteúdo jurídico. Aqui mediação significa coimplicação: o ato fundador é um ato de exceção (política) que visa a normalidade (direito). Normalidade e exceção são conceitos correlativos: um só é entendido por referência ao outro.

Para efeito desta pesquisa acadêmica delimitou-se a análise da importância da Constituição a partir do Século XVIII, período este marcado por fortes alterações no entendimento e conceituação de Constituição, que influenciaram diretamente na construção histórica do conceito atualmente utilizado.

Koselleck (1999) esboça o panorama da política e da sociedade entre o Absolutismo e as revoluções do Século XVIII, informando de maneira singular a ocorrência do Iluminismo, o que possibilita a compreensão de que não há linearidade histórica ou progresso presumido.

Certo é que são justamente as revoluções do Século XVIII o ponto de partida para a análise da constituição, posto que esses momentos históricos são o marco significativo para a sua conceituação atual. Apenas a partir do referido momento histórico definiu-se a constituição como se conhece e admite hoje. Ou seja: se é verdade que a constituição efetivamente sempre existiu em qualquer sociedade, a constituição como com suas características atuais, de superação do regramento do funcionamento estatal, para garantir direitos fundamentais, ganhou força e definição

nos marcos indicados, precisamente a instituição da Constituição Americana (1787) e a revolução francesa (1789).

A definição de constituição tem importantes contribuições do iluminismo, e também do contratualismo, em especial de Hobbes (s/d) e a ideia da proteção do Estado para evitar a completa desordem social, e de Rousseau (2002) com o seu contrato social para restabelecer a ordem natural. Esses autores, ao estudarem o Estado, enquanto regulador das relações humanas, deram-se objetivos diferentes, mas justificativas similares. A ideia da justificação do Estado pela submissão voluntária ou presumida de suas leis e regramentos pelos cidadãos, com a contrapartida da preservação de sua vida e de sua liberdade (FERREIRA FILHO, 2012).

Kelsen (2006) apresentou a definição da constituição como norma apenas, desvinculada de concepções políticas ou sociológicas. A qual pode ser entendida em sentido lógico-jurídico, uma norma fundamental hipotética que serve de pressuposto para a constituição em sentido formal, um documento escrito que contém normas reguladoras da criação de outras normas e contém dispositivos sobre outros assuntos importantes de natureza política.

Há, também, concepção de constituição como construção social aberta (HABERLE, 1997), onde os cidadãos, através de sua interpretação e aplicação, materializam as normas constitucionais, e de constituição como texto político-jurídico com força normativa, que visa promover modificações sociais (HESSE, 1991).

O enfoque que se privilegia aqui é o jurídico-normativo, sem, contudo, deixar-se de reconhecer a necessária abertura da interpretação constitucional e de sua força normativa para efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Nas palavras de Cunha Jr (2014, p. 31):

A Constituição deixa de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como uma norma jurídica fundamental e suprema, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro.

Rawls (2011), cujas ideias serão retomadas mais à frente, entre outros tantos autores, também apresenta aspectos que o identificam como um pensador da

corrente contratualista. Sua ideia de posição original é um modelo moderno de legitimação pelo contrato social, este presumido e fundante da sociedade.²

O Iluminismo legou o que Koselleck (1999) chama de modernidade utópica, isto é, a visão de que o homem pode e deve sempre alcançar o progresso de forma contínua. Apesar das considerações de Koselleck, a busca por esta utopia nos possibilitou reconhecidos avanços, como a valorização do homem, através da garantia de direitos fundamentais, que hoje integram a Constituição brasileira e, até mesmo, a definição que alguns fazem do que seria a constituição. Na síntese de Rothenburg (2012, p. 132), esse instrumento jurídico-político é o:

Conjunto das mais importantes normas jurídicas de uma sociedade e que tratam especialmente dos direitos fundamentais, da estrutura do Estado (como ele é, como se compõe: o território e sua divisão, os órgãos – a “separação de poderes”) e de seu funcionamento (a dinâmica, o exercício das competências).

Para retratar o fenômeno abordado neste ponto, segundo Carvalho (2008), é preferível o termo sistema constitucional ao invés de Constituição. Referido sistema, para a autora, traduz o sentido tomado pelo texto constitucional em face da ambiência social, a cujas pressões está sujeito em escala crescente, retratando a globalidade do fenômeno de ordenação jurídica do Estado e da sociedade que tem por fim assegurar valores da pessoa humana, notadamente o da dignidade da pessoa humana.

Outro elemento importante para este estudo é o constitucionalismo, este caracterizado como o movimento de defesa das constituições escritas. Esse movimento foi iniciado por uma corrente de pensadores que defendiam a importância do reconhecimento e organização do Estado através de constituições escritas, rígidas, onde se pudesse vislumbrar os ideais de justiça e os valores fundadores da nação (OLIVEIRA JR, 2012).

Para Puccinelli Jr (2012), o “constitucionalismo” por sua vez apresenta as mesmas dificuldades em sua conceituação que a de Constituição. Apresentando outros conceitos que não o explicitado acima, como o conceito de tentativa de

² Posicionamento que lhe rende críticas de Sandel (2012) e Sen (2011). Para Sen, Rawls tem uma inclinação ao que ele chama de niti (uma justiça transcendental idealizada, em contraposição ao Nyaia uma justiça materialmente baseada na comparação e na eliminação de injustiça). Contudo, a obra “liberalismo político” apresenta a teoria da justiça como equidade de maneira mais plausível que na obra original.

limitação do poder arbitrário e também a denominação da evolução histórica constitucional de um determinado Estado.

Ainda segundo Puccinelli Jr. (2012, p. 20), o constitucionalismo, como entendido atualmente, diz respeito aos movimentos “voltados à limitação jurídica do poder e à preservação de direitos fundamentais”.

Mas de que limitação jurídica do poder se estaria tratando? Apenas limitação do poder monárquico, outrora absolutista? Quais são os direitos fundamentais protegidos e até que limites?

Neste ponto inicia-se o debate perene entre a democracia e o constitucionalismo, o que desponta da análise do controle de constitucionalidade e de sua relação com a democracia e com a proteção dos direitos fundamentais.

A democracia é defendida e estudada pelos filósofos e cientistas políticos há muito tempo. Contudo, mesmo com milênios de sua aplicação³ e estudos (no caso do Brasil, poucos anos ininterruptos) diversas questões se mostram sempre conturbadas e atuais.

Godoy (2012, p. 41) expõe que a constituição limita o exercício do poder. Logo, a limitação vale para o exercício do poder pelo Monarca, e também pelo povo. Consoante o autor:

não basta atuarem simplesmente como limitadoras do poder sem honrar compromissos radicalmente democráticos como, por exemplo, o pluralismo político, a participação popular nas discussões e decisões etc. Daí a importância de a Constituição ser e estar comprometida com a democracia e guardar em si a ideia de potência.

Veloso (2000), ao analisar o controle de constitucionalidade, não se olvidou de incluir no estudo a questão da democracia, afirmando que se tem de compreender que esta deve ser vista como princípio político anterior à constituição, constituindo-se fundação para o exercício do poder constituinte.

Tal afirmação é particularmente importante para o presente estudo, porque, apesar de existirem na atualidade Estados nos quais a democracia não é a forma de governo, não são estes objetos do trabalho, uma vez que se está examinando o controle de constitucionalidade judicial das leis dentro do sistema brasileiro. Mesmo

³ Amartya Sen, na obra *A ideia de justiça*, demonstra aspectos democráticos em civilizações milenares, rompendo com a ideia muitas vezes difundida de que a democracia era prática do povo grego e depois se espalhou pela Europa. Sen afirma que Atenas foi pioneira no voto secreto e tem grande importância sobre civilizações orientais, que iniciaram uma cultura de deliberação popular e de tolerância às minorias, bem antes da própria Europa ocidental.

quando há utilização de exemplos de legislação alienígena, privilegiou-se os modelos normativos de Estados onde, tal qual o Brasil, a democracia é um valor intrínseco as suas constituições, verificando-se quando o povo é quem detém o Poder (ou deveria detê-lo conforme seu ordenamento jurídico).

Por isso, entende-se necessário para o estudo do controle judicial de constitucionalidade das leis uma imersão nas investigações científicas que relacionam a importância da democracia e sua relação com este instituto.

Por outro lado, para a compreensão da ideia de controle de constitucionalidade, faz-se necessário estabelecer as bases da ideia de supremacia da constituição. Veloso (2000, p. 132) afirma que, “a supremacia da constituição é uma supremacia material; a Constituição não é a Constituição por ser obra do poder constituinte; é o poder constituinte que é o poder constituinte por fazer a Constituição”.

Na democracia o poder soberano é do povo⁴, mas sempre fica a pergunta “quem é o povo?”, esse soberano sem rosto, muitas vezes intangível e cuja vontade é difícil de determinar. (MÜLLER, 2003)

Se na Monarquia o monarca tem o poder, na democracia o poder é do povo. A substituição da Monarca pelo povo é que muitas vezes se apresenta como uma dificuldade. Conrado Mendes (2011, p. 48) reconhece a dificuldade na substituição e, como consequência, uma incompreensão sobre como funciona a democracia; e o faz nos seguintes termos:

Alguém poderia argumentar que, numa democracia, a resposta seria muito similar, bastando substituir o monarca pelo “povo”. Mas isso explicaria muito pouco, ignoraria a dificuldade do conceito de “povo” e não apreenderia precisamente como democracias constitucionais foram historicamente organizadas.

Quem decide, ou, simplesmente, quem é o soberano, não é suficiente para entender esses regimes devido à multiplicidade de atores que impactam substancialmente o processo de tomada de decisões coletivas em nome do povo.

Para Müller (2003) há várias concepções de povo, como o povo ativo (aqueles que tem direito ao sufrágio e a participação nas eleições), o povo que confere legitimidade ao Estado (os indivíduos daquela nacionalidade), o povo destinatário de prestações estatais (todas as pessoas que estiverem no território nacional) e o povo

⁴ O léxico povo aparece na CF/88 logo no preâmbulo (“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático”), e também no Art. 1^a, Parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Isto demonstra a importância da concepção de povo para a prática e estudo da CF/88.

enquanto ator político (formado por grupos–heterogêneos, todos enquanto seres humanos e os cidadãos enquanto tais).

Contudo, o exercício do poder pelo povo dificilmente se dá por meio direto, sobremaneira em um Estado como o brasileiro de dimensões continentais, permanecendo impraticável o acesso e exercício do poder pelo povo, de forma direta, apesar de recomendado (ROUSSEAU, 2002).

Müller (2003) expõe que em alguns momentos o povo tem oportunidade de exercício do poder de forma direta, contudo estas hipóteses são mais relacionadas ao exercício do poder dentro do município, através de conselhos, medidas de participação popular no controle dos gastos públicos (exemplo disso é a cidade de Porto Alegre, com o orçamento participativo).

Na CF/88 há ainda as figuras do plebiscito, do referendo e da proposta de lei por iniciativa popular⁵, como institutos que autorizam a participação do povo no exercício do poder, através da decisão e da indicação de sua vontade, contudo Müller (2013, p. 254) afirma que, a despeito do aparente avanço na possibilidade de participação popular, esses institutos ainda submetem o povo à autoridade dos eleitos, subvertendo a vontade do povo diretamente manifestada à vontade do povo apresentada através de seus representantes.⁶

⁵ Exemplo deste tipo de proposta foi a lei da ficha limpa, apesar das críticas de uma possível inconstitucionalidade, o que não será escopo do presente trabalho.

⁶ A análise de Müller é densa e alerta para a dura realidade de que a participação popular prevista ainda é insuficiente e facilmente manipulável, não sendo garantido pelo próprio sistema constitucional instrumentos adequados para a garantia da efetividade da participação popular:

“O art. 14 da Constituição Federal brasileira de 1988 é, com o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, um passo importante para a legislação popular. Para uma comparação: a Alemanha não tem, no nível de federal, nem em sua Lei Fundamental de 1949, nem na sua nova versão, revisada depois da unificação alemã, nenhuma dessas formas de decisão; somente nos Estados existem possibilidades desse tipo.

Por outro lado, devemos ver o que o art. 14, em conjunto com os art. 49 e 61 da Constituição de 1988, significam e o que não significam na prática política. O plebiscito deve ser “convocado” pelo Congresso Nacional, o referendo “autorizado” – ambos dentro da competência exclusiva do Congresso (art. 49, XV, da CF/1988). A iniciativa popular deve ser apresentada à Câmara dos Deputados (art. 61, § 2º, da CF/1988). Ou seja, o Congresso decide sozinho se ele quer – ou não – deixar que a decisão sobre uma questão controvertida seja por plebiscito ou referendo. E no caso de iniciativa popular, o Congresso pode tanto aceitar como rejeitar o resultado proposto por ela – ou, também, eventualmente, não analisá-la, retardando sua tramitação. No primeiro caso, é a elite política que tem a competência de formular a questão de enquadrar, de limitar deste modo a extensão do que deve ser decidido e, depois, é o povo que deve decidir pelo conteúdo – mas somente em quadro pré-decidido; e a iniciativa, de todo modo, está sempre e inteiramente à disposição dos políticos. No segundo caso, é o povo que tem a iniciativa e também a competência de decidir o conteúdo da proposição – mas a decisão definitiva está completamente nas mãos da elite política.

Tudo isto demonstra que estas três formas de legislação popular não são, na realidade, autônomas, que elas não pertencem à competência essencial do povo, que elas não formam nenhum contrapeso eficaz à legislação representativa-parlamentar.”(MÜLLER, 2013, p. 254)

Por outro lado, Sen (2011) afirma que a democracia enquanto prática ou qualidade, é uma escolha que é feita constantemente. Sua teoria de justiça, que ele classifica como integrante da corrente da escolha social (em detrimento das correntes baseadas no contrato social), faz-se dentro de um ambiente democrático, da mesma forma que a teoria da justiça como equidade de Rawls (2000), da teoria do direito como integridade de Dworkin (2007), ao mesmo tempo em que é o pressuposto para a aplicação da teoria de Ely (2010), acerca do controle de constitucionalidade das leis.

Nas Constituições há limitações, que são de três ordens: materiais, orgânicas e processuais. No âmbito material encontram-se as limitações relacionadas aos direitos fundamentais, sendo o núcleo dessas limitações a dignidade da pessoa humana. As limitações orgânicas são as voltadas para a estabilidade das instituições estatais que possuem poderes inter-relacionados, cada um com uma função precípua: legislar, administrar e julgar, dentro de um sistema de autolimitação de um poder pelo outro, o que se costuma chamar de sistema de freios e contrapesos. As últimas limitações são as condizentes ao processo, estabelecendo regras processuais de observância obrigatória, um rito específico, que torna o sistema mais lógico e visam conferir maior confiança, imparcialidade e possibilidade de participação do processo (PUCCINELLI JR., 2012). Então, a terceira limitação condiciona a preservação da democracia.

As limitações descritas existem nos sistemas constitucionais como regra geral. Porém, na CF/88 algumas limitações tiveram tamanha relevância aos olhos do Poder Constituinte que são vedadas alterações em sua garantia, mesmo que por emenda à constituição. Sendo as denominadas cláusulas pétreas, constantes do art. 60, § 4^a, da CF/88. (BRASIL, 2014). Estas limitações, via de regra são o fundamento para a jurisdição constitucional, ao passo que são fundamentos para o controle de constitucionalidade das leis.

Como afirmado acima, o conceito de constitucionalismo ultrapassou a ideia de constituições escritas, e incorporou a garantia de direitos inalienáveis e garantidos à todos os cidadãos, sendo os denominados direitos fundamentais.

Ressalta-se que a democracia (governo do povo), como aponta Muller (2003) na obra “Quem é o povo?”, necessita cumprir certos requisitos, inclusive na própria classificação de quem são estes sujeitos.

Muller (2003, p. 57) expõe que uma democracia moderna:

não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas, não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão-somente *status activus* democrático.

Conrado Mendes (2011) estudou a relação entre os direitos fundamentais e as restrições dos poderes para analisar a importância e a legitimidade do controle de constitucionalidade. Através desse estudo, conclui que o povo é representado por diversas instituições do Estado e estas instituições têm importância na preservação dos direitos fundamentais e na correta deliberação sobre eles.

Acerca da tese da múltipla representação institucional, garantidora de múltiplas formas de respeito aos direitos fundamentais, Dworkin (2005) afirma que uma distinção importante é a que o Judiciário é o foro dos princípios, em detrimento de outras instâncias que tem autorização para agir através de argumentos políticos.⁷

Dworkin (2006, p, 33) adverte que a autodeterminação pode gerar distorções, quando um grupo visar sobrepujar os demais, em termos de tornar seus valores obrigatórios. Nas suas palavras,

A autodeterminação é a ideia mais poderosa – e perigosa – da nossa época. As pessoas querem com todas as suas forças ser governadas por um grupo ao qual pertencem, e não só isso: deve ser também o grupo com o qual possam identificar-se de modo particular. Querem ser governadas por membros da mesma religião, raça, nacionalidade ou comunidade linguística, e não por um grupo qualquer, e veem como tirania qualquer comunidade política que não atenda a esse pré-requisito, por mais que essa comunidade seja justa e satisfatória de outros pontos de vista.

As demais instituições do Estado não deveriam possibilitar que a situação descrita acima se torne praticável e causadora de lesão aos direitos dos demais cidadãos, com grupos utilizando o Poder Estatal para reduzir a liberdade dos demais. Todos têm de ser tratados com “igual respeito e consideração” (DWORKIN, 2006). Contudo, se as demais instituições de maneira majoritária criam regras que geram prejuízos aos direitos dos demais, devemos possibilitar a correção da distorção. Assim, é possível reconhecer que a revisão judicial não é o único instrumento para a garantia de direitos fundamentais, contudo é recomendado a sua possibilidade, dada a garantia de que o Judiciário deve julgar com base em princípios, afastando os ideais políticos possíveis de influir na demais instituições (DWORKIN, 2005).

⁷ Argumentos de princípio político são os que se baseiam nos direitos políticos dos cidadãos individuais e argumentos de procedimento político são aqueles que exigem uma decisão particular no intuito de promover alguma concepção de bem-estar geral ou de interesse público. (DWORKIN, 2006, p. 6)

Apresenta-se um conceito de direitos fundamentais, para assim possibilitar a visualização de sua importância. Numa conceituação sintética e precisa de André Ramos Tavares (2012, p. 198), direitos fundamentais são o “conjunto de direitos pertencentes ao homem e positivados constitucionalmente, devendo-se incluir os direitos individuais, sociais, econômicos, culturais e coletivos.”

Tavares (2012) afirma que os direitos fundamentais nem sempre poderão ser garantidos universalmente, mas que este fato não lhes retira a característica de um direito dessa natureza. Coloca ainda que estes não se resumem às chamadas “liberdades públicas”, que possibilitam um poder de agir. Para esse autor os direitos fundamentais são garantidos em seu exercício individuais, bem como são exigíveis em face do Estado e também dos demais particulares.

O devido processo legal é um dos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos, sendo de grande valia no direito americano devido a sua utilização naquele ordenamento do devido processo legal para a garantia de muitos direitos fundamentais não previstos textualmente, mas inseridos na garantia do devido processo legal. Situação que levou a um alargamento do *due process of law*, que aplicado inicialmente ao processo penal, foi após aplicado ao processo civil, administrativo e até mesmo legislativo (LUNARDI, 2012).⁸

No Brasil, devido à plêiade de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, a hermenêutica teve menor importância na construção das possibilidades de utilização do devido processo legal. Vários desdobramentos reconhecidos pelo Judiciário americano são textualmente inseridos na CF/88. No âmbito desses direitos constitucionalmente previstos inclui-se o direito de acesso ao Judiciário, previsto no inciso XXXV, do Art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Ademais quando a CF/88 fala de devido processo legal, ela utiliza uma noção de devido processo formal, havendo o reconhecido ainda do devido processo legal substancial.

⁸ Min. Celso de Mello, em despacho no qual negou liminar na ADI nº 1479/RS, expõe um conceito interessante sobre o instituto do devido processo legal substantivo: “A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.” Interessante que o relator Min. Moreira Alves entendeu, e foi seguido por todos, que a Autora não tinha legitimidade para ajuizar a ADI; logo, a mesma não seria sequer conhecida.

Este modo de pensar o Direito constitucional, como garantidor de direitos fundamentais, baseados no estado democrático de direito, organizados em constituições rígidas e escritas, é o que se tem denominado de constitucionalismo.

Atualmente, tem-se debates sobre uma nova corrente de constitucionalismo, comumente denominada de neoconstitucionalismo. Como movimento relativamente novo, e sem uma corrente única, na verdade vem sendo utilizado de diversas formas e para pensamentos nem sempre coerentes entre si, carecendo de uma conceituação.⁹

Sarmiento (2013) apresentou algumas considerações sobre o assunto. Informa que o termo surgiu a partir de livro com o título de “neoconstitucionalismo” organizado pelo mexicano Miguel Carbonell¹⁰.

Segundo o próprio Sarmiento (2013) o neoconstitucionalismo ainda não foi definido adequadamente; é mencionado favorável ou desfavorável por diversos juristas brasileiros.¹¹

Por sua vez, Barroso (2013) aponta como uma característica da pós-modernidade, afirmando que se conceitua como uma via alternativa ao positivismo e ao jus naturalismo, uma via na qual o direito mantém sua necessidade de clareza, certeza e objetividade, mas reconhece que direito, moral e política se relacionam na criação do direito (atividade legiferante) e na aplicação do direito (atividade de interpretação). Haveria para o autor uma “reaproximação entre o Direito e a Ética.” Entendimento parecido apresenta Soares (2013).

O embasamento teórico dos adeptos do neoconstitucionalismo são recorrentemente, segundo Sarmiento (2013), advindos das ideias de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino (cabe referir que nenhum deles se auto afirmou neoconstitucionalista). Barroso (2013) aponta também uma influência da obra de John Rawls.

Certamente, as ideias de Dworkin (2005, 2006, 2010, 2011, 2014) são adeptas de uma maior integração entre o direito e a moral. Ele chega a afirmar em

⁹ Diversas obras recentes apresentam discussões sobre o neoconstitucionalismo, comumente em associação ao debate sobre o ativismo judicial. Ver: “As novas faces do ativismo judicial”; “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”, entre outras.

¹⁰ Ricardo Maurício Soares (2013) aponta que, como sinônimo de neoconstitucionalismo, se apresentam os termos “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos”.

¹¹ Sarmiento cita como exemplos a favor Lênio Streck, Luís Roberto Barroso, entre outros e contrários José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila.

vários trechos de suas obras esta realidade. Para Dworkin (2010, p. 51) “poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela”.

Häberle (1997), por sua vez, apresenta os fundamentos para uma maior abertura na interpretação constitucional, defendendo uma sociedade aberta dos interpretes da constituição.¹² Com uma construção interpretativa mais livre.

Já Rawls (2011), que muito influenciou Dworkin¹³, apresentou as bases do que seria a estrutura de uma sociedade estável pelas razões certas, através da sua construção contratualista da justiça como equidade, baseada no dispositivo de representatividade da posição original, aliada ao véu da ignorância.¹⁴

Elival Ramos (2010), em obra na qual se opõe ao neoconstitucionalismo, afirma que este não apresenta uma corrente de pensamento coerente, não possuindo uma base teórica.

Em verdade, o neoconstitucionalismo é uma verdadeira incógnita. Contudo, algumas das características atribuídas à ele são importantes e devem basear os estudos e a prática do direito constitucional contemporâneo, como a valorização dos princípios, a atuação firme e construtiva do Judiciário na proteção de direitos fundamentais e da democracia, a irradiação dos valores e normas constitucionais pelo ordenamento, porém sem tentar descartar as regras, ou incutir fundamentos morais metafísicos (jusnaturalistas) na aplicação do direito (SARMENTO, 2013).

Interessante que Elival Ramos (2010) critica a utilização do pensamento de Müller para autorizar o que ele caracteriza como ativismo judicial, apontando que Müller afirma que sua teoria não rompe com o positivismo. Para esse autor, Müller seria pós-positivista, porém ainda positivista.

Müller (2013), por sua vez, se aponta como pós-positivista e a despeito de sua coerência em garantir que a norma, gerada na sua visão pela junção do âmbito

¹² A tese de Häberle é muito bem aceita, por conta de sua sensibilidade e caráter de otimização da sociedade. Porém os métodos de sua aplicação prática geram controvérsias. Sobre o assunto ver o artigo de Alexandre Bahia, disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120407.pdf>>

¹³ Principalmente através das obras “Uma teoria da justiça” e “O liberalismo político”. Referências em estudos sobre o conceito de justiça e teoria do estado.

¹⁴ Através do véu da ignorância é possível na posição inicial afastar dos cidadãos todos os conhecimentos que eles tenham sobre sua doutrina abrangente e até mesmo sobre sua posição na sociedade. Exercício teórico proposto por Rawls (2011) para que seja possível aos cidadãos, através da razão, escolher os princípios políticos e a concepção política de justiça que possa ser endossada livremente por todos os cidadãos e regulará esta sociedade, atingindo um consenso sobreposto entre as doutrinas abrangentes razoáveis.

da norma (realidade fática) com o programa da norma (texto), não possa desconsiderar o texto, parece fornecer bases para interpretações por vezes mais elásticas do que pretende defender Elival Ramos (2010).

Sobre o assunto Carvalho (2008) afirmou que:

A interpretação constitucional, baseada em métodos e princípios específicos, tem como principal mérito superar a maior parte das crises constitucionais sem a necessidade da alteração direta do texto constitucional ou até a elaboração de uma nova Constituição, garantindo a estabilidade e a longevidade da Lei Fundamental.

Contudo, é notável a dificuldade de consenso sobre a melhor interpretação possível da Constituição. Importante notar, que mesmo as consequências dos argumentos criados por outros autores já é objeto de discussão. Ponto que já preocupou Dworkin (2010, p. 369), que manifestou sua reflexão sobre o assunto. Ele afirma que é possível notar congruência entre as posições que ele afirma serem sustentadas por Rawls e as defendidas por ele mesmo, e finaliza com o trecho abaixo:

A obra dos ícones filosóficos é rica o bastante para permitir a apropriação por meio da interpretação. Cada um de nós tem seu Immanuel Kant, e, a partir de agora, cada um de nós lutará pela benção de John Rawls. E por um motivo bom. Depois de todos os livros, todas as notas de rodapé e todas as maravilhosas discussões, estamos apenas começando a nos dar conta de quanto temos a aprender com esse homem.

Aqui parece haver um claro exemplo do que informa Gadamer (1993); a linguagem nos condiciona, assim como nossa interpretação é baseada em nossas pré-compreensões (para não confundir com uma qualificação pejorativa comumente entendida ao se ler “preconceitos”).

O conceito é formado por convenção¹⁵. Quanto ao neoconstitucionalismo a convenção ainda não foi alcançada, permanecendo um conceito obscuro.

Desse modo, o objeto de estudo é criado linguisticamente pelo que já temos de entendimento sobre o assunto (somos um ser no mundo – *dasein*), e

¹⁵ “Temos que admitir, também, que qualquer acusação de terminologia científica, por mais compartilhado que seja o uso da mesma, representa uma fase desse processo. Afinal, o que é, na realidade, um termo? Uma palavra, cujo significado está delimitado univocamente, na medida em que se refere a um conceito definido. Um termo sempre é algo artificial, seja porque a própria palavra é formada artificialmente, seja – o que é mais frequente – porque uma palavra, já encontrada em uso, é recortada da plenitude e largueza de suas relações de significado e fixada em um determinado sentido conceitual.” (GADAMER, 1993, p. 603). Ver, ainda, sobre o assunto dos conceitos e em especial no direito à obra “Tû-Tû”, de Alf Ross, que de modo cômico e genial expõe como são construídos conceitos que após o uso por determinado tempo se estabilizam, dando a impressão de serem verdades reais, para os que já aprenderem a conviver em sociedade através da utilização destes conceitos.

linguisticamente (para Gadamer, nosso pensamento é preso à linguagem)¹⁶ interpretamos o que apreendemos do mundo através dos nossos entendimentos prévios sobre o assunto. No entender de Gadamer (1993), esta é a realidade da hermenêutica, que não seria algo modificável (ao menos não facilmente), posto que é como funciona a compreensão humana.

As construções mentais humanas são baseadas na linguagem, regras, sentimentos, obrigações, todos são processados linguisticamente. Se é assim até para elementos mais pessoais da consciência humana, não poderia deixar de ser para as questões jurídicas. Leis, decisões e argumentos são obrigatoriamente transmitidos pela linguagem.

Müller (2013, p. 193) reconhece claramente sua concordância com a teoria de Gadamer (assim como o faz Streck, 2011), afirmando que,

O direito nunca funciona sem a mediação da linguagem. Problemas jurídicos contêm sempre elementos essencialmente linguísticos. A dimensão especificamente jurídica de contextos de dominação e do uso da violência, que sanciona em última instância a decisão jurídica, está vinculada à linguagem e com isso às suas condições gerais.

Streck (2011, p. 211) aponta assim a necessidade de conhecimento e reflexão de nossas pré-compreensões, para nos proteger “contra o arbítrio das ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis”.

Assim, visando afastar as incompreensões, esclarece-se que o controle de constitucionalidade aqui defendido se baseia na aceção de um estado democrático de direito, porém fundado em uma democracia coparticipativa (Dworkin, 2014) ou democracia constitucional, na qual a razão pública¹⁷ se manifesta através dos cidadãos e das instituições, e esta mesma razão pública deve ser defendida (Rawls, 2011).

Contudo, Dworkin (2006, p. 9) afirma que a maior contribuição da história americana não é o controle de constitucionalidade, mas “o ideal de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios”. O autor afirma, ainda, que “A

¹⁶ Gadamer (1993, p. 567): “A relação essencial entre linguisticidade e compreensão se mostra, para começar, no fato de que a essência da tradição consiste em existir no médium da linguagem, de maneira que o objeto preferencial da interpretação é de natureza linguística.”

¹⁷ A razão pública é aquela exercida pelos cidadãos livres e são iguais, numa sociedade bem ordenada pelas razões certas, mas qual haverá exercício do poder de uns sobre os outros, mas com consciência das limitações baseadas nos direitos essenciais previsto na constituição. (RAWLS, 2011)

democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham” (DWORKIN, 2006, p. 10).

Portanto, antes de adentrar o controle de constitucionalidade brasileiro, cabe analisar sua legitimidade e os modelos de controle de constitucionalidade que influenciaram o direito brasileiro.

2.2 A legitimidade do controle de constitucionalidade e a (des)necessidade de um controle substancial

Na obra “Democracia e desconfiança” (*democracy and distrust*, no original) John Hart Ely (2010, p. 243) propõe uma teoria de controle de constitucionalidade (*judicial review*) eminentemente procedimental, na qual o Poder Judiciário deveria deferência ao Poder Legislativo, este o maior expoente da democracia representativa.

Assim, o Judiciário, ao analisar questões de controle judicial de constitucionalidade das normas, “só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas”.

Para esse autor, não haveria legitimidade por parte do Judiciário para adentrar o mérito de leis democraticamente criadas, sendo as mesmas válidas e legítimas, retirando do Judiciário a atribuição de adequação material das normas à constituição, salvo quando estiver promovendo a retirada de obstruções do sistema político que levem a um déficit de representação ou para facilitar a representação das minorias.

A teoria de Ely parte da percepção por parte do Autor de que o Judiciário passou por uma acentuada expansão do seu papel de controle de constitucionalidade.

Essa ideia é também defendida por Wolf (1991) que, em obra bastante descritiva da realidade americana, apresenta uma denominada “transformação” da interpretação constitucional, mostrando que o Judiciário criou para si a atribuição de exercício do controle de constitucionalidade em solo americano e, a partir desta atribuição inicial, passou a expandir as possibilidades de controle de constitucionalidade das leis.

Ely (2010), em sua obra fala da sedução do interpretacionismo, em oposição ao não-interpretacionismo¹⁸, afirma que o interpretacionismo possui um

¹⁸ Segundo Marcelo Novelino (2011), é uma discussão similar às correntes jusnaturalista e positivista, porém não se confundem.

poder de sedução, ao agregar os pensadores que não reconhecem ao julgador ultrapassar o texto da norma ao julgar. São as teorias que defendem a vinculação estrita do direito ao texto legal e por consequência da possibilidade de decisão pelo julgador.

Por outro lado, o não-interpretacionismo reconhece que o julgador cria regras e sua vinculação ao texto apenas é insuficiente, dividindo-se em correntes de maior ou menor atribuição de poder ao julgador. Correntes como o realismo jurídico deixam ao julgador amplo poder de criação do direito, sendo por este motivo perigosas e contrárias à ideia de direito baseado na razão pública e na democracia coparticipativa, conceitos trabalhados acima.

Porém, o próprio Ely (2010) criticou o interpretacionismo, apontando sua insuficiência. O autor apresentou as bases de um controle de constitucionalidade baseado em procedimentos, defendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que causem prejuízo de representação e de participação.

Ferro (2008), ao analisar a teoria de Ely, apresentou conclusões interessantes e, ao tratar sobre sua caracterização, diante das hipóteses de autorização de controle de constitucionalidade (*judicial review*) com base na teoria de Ely explica que o autor autoriza a revisão para além do texto, mas se manteria um interpretacionista. Nas suas palavras:

Isto não implica rendição ao não-interpretacionismo, dado o caráter patente de sua posição com respeito ao fato de que os tribunais não devem assumir uma postura que enseje a usurpação da função das legislaturas e a consequente imposição de valores fundamentais. Se ele está próximo de alguma corrente, é do interpretativismo, mas formulado em novos termos, inovadores termos (FERRO, 2008, p. 118).

Como exemplo maior de um pensamento não-interpretacionista, Ronald Dworkin apresentou em vida diversas obras, defendendo uma interpretação constitucional voltada para o resultado, que nem sempre terá obediência estrita ao texto legal. Para Dworkin (2010, p. 233):

“o direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, incredivelmente, ainda está por ser estabelecida”.

Rawls (2011), que é citado por Dworkin, possui obra na qual estuda a justiça e os requisitos para o funcionamento do Estado. Em sua teoria, Rawls

desenvolve uma concepção política de justiça, que seria ainda uma concepção liberal. “O liberalismo político” de Rawls seria dissociado de uma doutrina abrangente, como poder-se-ia classificar o liberalismo de Dworkin, ambos retratados acima.

Para Rawls (2011), os cidadãos possuem individualmente uma concepção de bem, oriunda de uma doutrina abrangente que estes mesmos cidadãos seguem. Estas doutrinas poderiam ser razoáveis ou não e, quando razoáveis, seriam válidas e poderiam ser utilizadas para regular a, conforme as regras democráticas.

A teoria de Rawls é complexa e bastante criticada, apesar de ser indicada como referência quando se trata de justiça. Contudo, é de se reconhecer que é de uma dificuldade prática baseada na própria concepção humana. Seres humanos dificilmente aceitam seus próprios erros e dificilmente aceitariam a desarrazoabilidade de suas doutrinas abrangentes caso houvesse uma aceitação desta por um grupo considerável de indivíduos, um grupo social.

Assim, na sociedade em que só deveria ter relevância doutrinas abrangentes razoáveis, surgem várias que poderiam, pelos critérios de Rawls, serem não-razoáveis, mas com muitos seguidores, os quais, por fim, acabariam influenciando nas questões do Estado, seguindo sua própria doutrina abrangente.

Como controlar esses arroubos da maioria é a preocupação de Ely (2010), porém apenas quando estes são utilizados para criar desvantagem que prejudiquem os direitos políticos das minorias. É o caso de leis que imponham restrições da maioria para uma minoria, prejudicando a última em termos políticos.

Retomando Rawls (2011), podem majorias utilizar de seu poder para incutir doutrinas não-razoáveis para a sociedade e para as minorias. A situação é injusta para Rawls, enquanto para Ely, seria normal, por ser fruto da democracia. Ely (2010) não defende a proteção de direitos materiais essenciais, pois a regra da democracia seria, para ele, a essência de apenas haver previsão procedimental de mudança e garantia de participação.

Outro aspecto da recusa do controle de constitucionalidade substantivo em Ely (2010) se refere à ausência de legitimidade. A Legitimidade para a recusa em aceitar a proteção pelo Judiciário de princípios em matérias de proteção aos indivíduos se assentaria na ausência de previsão legal, que acabaria por levar os julgadores a utilizar valores pessoais.

Maus (2000) trata destas questões de legitimação por outra via. Faz uma leitura do papel do Judiciário moderno, apresentando o mesmo como um superego da sociedade: e, como tal, o superego é a personalidade ideal que a sociedade projeta; utiliza-se da moral e de “valores” superiores para, então, justificar suas decisões fora do texto legal, sendo a decisão superior e não se submetendo o intérprete ao Império da Lei.

Para Maus (2010), assim como para Ely (2010), há excesso do Judiciário no tratamento da interpretação e sua inovação do direito legislativamente construído. Porém a autora enxerga o problema por outro ângulo, mais agudo, e afirma que a sociedade moderna seria órfã e este seria um fator para a referida expansão. Expõe a autora:

Na família, assim como na sociedade, a figura do pai perde importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego (MAUS, 2010, p. 184).

Agora a crença de sabedoria superior e infalibilidade estaria sendo atribuída ao Judiciário, que ela denomina de sacerdote-mor de uma nova divindade, que seria o direito suprapositivo e não-escrito, constantemente invocado pelo Judiciário. Assim, muitas vezes a própria população estaria sendo legitimadora desta ampliação do poder judicial, no afã de ver melhorias sociais; a sociedade órfã que se deixa levar pela sabedoria maior. (MAUS, 2010)

Maus (2010) defende ainda que é uma característica da veneração aos julgadores, como iluminados e sábios que podem decidir os melhores caminhos para a sociedade, e uma confirmação desta ideia; a série de biografias de magistrados americanos, numa lógica de que eles julgam corretamente uma vez que são pessoas excepcionais.

Entende-se que Ely (2010) possui o crédito de fazer repensar os poderes do Estado e sua necessária separação para que as instituições sejam saudáveis e suas resoluções construídas para favorecer os cidadãos. Contudo, sua teoria é insuficiente, já que não se vislumbra possibilidade de segui-la em completude.

Cappelletti (1990) afirma que a atividade do Juiz se confunde entre aplicar e criar o direito. Para o autor, a interpretação é criação e logo inovação ao texto legal. Nesse sentido, afirma o autor que,

Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica em certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção de direitos sociais e interesses difusos. (CAPPELLETTI, 1990, p. 128)

Dworkin (2005) oferece as bases para uma compreensão mais completa sobre a importância do controle de constitucionalidade e de sua função numa democracia coparticipativa baseada em um estado de direito. As ideias de Dworkin (2006) refutam as críticas levantadas por Ely (2010) e Maus (2010).

Cabe apontar que Dworkin (2005) não afirma ser o controle de constitucionalidade o único meio de garantir os direitos dos cidadãos, posto que esta finalidade poderia ser atingida por diversos meios. Contudo, ele aponta que o controle de constitucionalidade possibilitou uma melhor compreensão e uma melhoria na qualidade de discussão sobre o direito.

O autor aponta que o Judiciário não é o sujeito principal dentro das relações do Estado: chegando a comparar o impacto que um presidente pode ter na vida dos cidadãos ao ter o poder de comandar as tropas militares, ou mesmo que um presidente do Banco Central pode ter para o bem ou para o mal na vida de todos os americanos ao adotar determinadas medidas na economia.

Para Dworkin (2005) os membros da Suprema Corte têm poder individual imensamente menor que o Presidente ou até mesmo de um de seus funcionários mais poderosos, como é o caso de alguns Ministros de Estado. Isto é assim, ainda segundo esse autor, porque um membro da Suprema Corte integra um Poder baseado na colegialidade, o qual, ao julgar, precisa apresentar argumentação que seja aceita pelos outros membros, sob pena de sua decisão pessoal não ter qualquer efeito.

A despeito das críticas de que os membros do Supremo não são eleitos democraticamente e que portanto, deveriam ter seus poderes minorados, funcionários de alto escalão, como Ministros de Estado, igualmente não são eleitos e suas ações podem impactar de maneira ainda maior a vida dos cidadãos. Dessa forma, rebate-se as críticas corriqueiras de que há violação da democracia majoritária no controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. (DWORKIN, 2005)

Neste ponto, reitera-se que a democracia defendida no presente trabalho é a democracia coparticipativa de Dworkin (2014), ou a democracia constitucional, como Rawls (2011) denominou, a qual garante direitos fundamentais e impõe o respeito

destas garantias por todos, inclusive as maiorias que apresentem doutrinas abrangentes e tentem implementá-las sobre os demais cidadãos. Segundo esta concepção, todos estes merecem igual respeito e consideração.

Para que se atinja o objetivo descrito acima, o controle de constitucionalidade tem de garantir não apenas a adequação das leis inferiores por inconstitucionalidades formais, mas também por inconstitucionalidades baseadas restritamente no texto constitucional; levando-se em conta que os princípios constitucionais, enquanto normas, possuem poder normativo e devem ser respeitados. E que os precedentes devem ser respeitados, com a finalidade de se alcançar senão a única decisão correta, a melhor decisão possível, mesmo para os casos difíceis.

Necessário, assim, entender que o direito a ser garantido na democracia coparticipativa é o direito como integridade. O direito é um conceito interpretativo, não se restringindo às normas escritas, nem ao que os julgadores afirmam que o direito é. Nas palavras de Dworkin (2007, p. 273):

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.

Nos termos acima, Dworkin (2007) afasta o convencionalismo, no qual os interpretes do direito deveriam buscar as intenções dos legisladores, essa busca incessante pelas razões do passado; e também o pragmatismo, segundo o qual os juízes devem buscar razões para decidir pensando na melhor solução para o futuro, mesmo que fora extrapolando o campo do jurídico.

Visando uma demonstração do correto julgamento baseado na teoria da integridade, que pressupõe uma aplicação complexa, e analisando o ordenamento jurídico como um todo, Dworkin (2007) apresenta a ideia do Juiz Hércules, figura que representa o que de melhor em prática judicante poderia se alcançar. Nas palavras do autor:

Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita

que as leis têm o poder geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. (DWORKIN, 2011, p. 165)

O juiz Hércules respeita o direito como um todo: Constituição, leis inferiores e também os precedentes. Contudo, não se furta em afastar as leis inconstitucionais.

Acerca do precedente, Hércules garante sua validade, e reconhece sua importância e sua construção histórica, evitando rupturas na construção do direito, característica que Dworkin (2007) comparou à um “romance em cadeia”.¹⁹

A integridade do direito impede que juízes que discordem das decisões anteriores a desconsiderem completamente, uma vez que cada decisão é apenas um capítulo de uma história maior, impondo assim uma obrigação de coerência com as decisões anteriores, o que não implica em impossibilidade de superação das decisões passadas. Apenas determina a sua observância e acarreta maior demonstração da necessidade de modificação por incorreções adotadas anteriormente. Em suma: Hércules busca obter a integridade através do respeito aos princípios substantivos de justiça, aos princípios de equidade e de devido processo legal adjetivo. Esclarece o autor:

Não quero dizer com isso que, em tais casos, Hércules sempre aceitaria a incoerência substantiva para manter a fidelidade aos princípios mais processuais, mas apenas que o caráter complexo da prestação jurisdicional torna inevitável que ele, as vezes, assim o faça. (DWORKIN, 2007, p. 480).

A ilustração maior sobre a força e importância dos princípios é apresentada pelo caso *Brown x Board of Education*, uma vez que a Suprema Corte modificou seu posicionamento anterior, para afirmar que era inconstitucional a segregação racial no sistema de ensino. Dworkin (2006) afirma que esta decisão reconheceu um princípio de igualdade que não foi pensado pelo legislador original, e que também não foi a interpretação do judiciário sobre o dispositivo legal por diversos anos. Contudo, a decisão é correta, visto que a interpretação através do que ele define como leitura moral, impõe reconhecer que não poderia haver aquele tipo de diferencial racial. Situação que violava a necessidade de igual respeito e consideração, premissa de uma democracia constitucional ou coparticipativa.

¹⁹ A ideia do romance em cadeia se baseia na necessidade de esforços coletivos para se atingir um objetivo comum, e em como as participações individuais influenciam neste resultado. Dworkin (2007) compara a construção do direito baseada no romance em cadeia à de uma orquestra, que deve tocar em sintonia.

A decisão do caso *Brown* é considerada correta por Ely (2010, p. 202) com base na decisão do caso *Carolene Products Co*, que previa atuação da Suprema Corte para garantir a proteção do processo democrático e impedir a discriminação de minorias.

Porém, Dworkin (2005, p. 85) apresenta uma argumentação em contrário, ao mesmo tempo em que aponta a impossibilidade de aplicação da teoria de Ely enquanto meramente procedimental, expõe como se faz necessário um controle de constitucionalidade das leis substancial:

Ele tem apenas dois argumentos a favor do programa que descreve: que os tribunais estão bastante habilitados para fazer julgamentos sobre o processo justo, mas muito mal habilitados para fazer julgamentos políticos substantivos, e que julgamentos feitos em tribunal sobre processos são compatíveis com a democracia, ao passo que julgamentos feitos sobre substância não são. Se o Tribunal não pode fazer os julgamentos sobre substância que condena, então sua teoria será distorcida por seus próprios argumentos. O argumento de Ely (ou qualquer outra versão de uma teoria *Carolene products*) pode sobreviver a esse desafio oferecendo um argumento-insumo a favor da democracia?

Desta maneira, Dworkin (2005) aponta que Ely (2010) baseia sua defesa do controle de constitucionalidade de forma “procedimental” numa concepção substancial de democracia. Não fosse assim, teria de aceitar que sua teoria é inaplicável. Posto que, ao defender a existência de uma democracia ideal e ao recomendar aos juízes que promovam a sua guarda, acaba por recomendar um controle substancial.

Dworkin (2005) critica igualmente a posição de Ely (2010, p. 218-228), ao defender que os direitos das mulheres que possuem leis restringindo área de trabalho e de homoafetivos que não têm seu direito ao casamento reconhecido, devem ser vistos como diferentes, onde haveria uma discriminação, porém não se autorizariam mudanças. Em relação às mulheres por não serem minorias, logo poderia fazer valer seus interesses pelo voto. Já em relação aos homoafetivos, por não serem facilmente identificáveis. Isto não levou a sociedade a encontrar contraexemplos, que tornariam equivocadas as concepções erradas que se pudesse quanto a estes grupos.

Como pode haver uma lesão ao direito de um cidadão criado por lei e este não ser reconhecido pelo Judiciário. Para Dworkin (2005), a lesão à igualdade já autoriza a utilização do controle de constitucionalidade.

Tem-se então que, o direito como integridade é o modelo teórico que permite melhor efetivação de direitos fundamentais, visto que reconhece a força

normativa dos princípios e determina o reconhecimento pelo Judiciário destes direitos, sendo recomendada a utilização de algum sistema de controle de constitucionalidade para a possibilidade de leis majoritariamente criadas através de argumentos de política para que possam ser avaliadas através de análise do direito como integridade, o que implica a análise para além do texto, com a inclusão dos princípios.

Implicação que faz retornar à diferenciação necessários em argumento de política, baseados em concepções de bem-estar geral e interesse público e argumentos de princípios, que são baseados em elementos jurídicos internos ao direito. As decisões jurídicas devem ser baseadas apenas no segundo argumento, logo o Judiciário é o fórum do princípio. (DWORKIN, 2005)

Ao trata da hermenêutica, Chai (2007, p. 253) afirma que “o texto legal é sempre ponto de partida e não o fim, não o resultado normativo em si”; logo, atribuindo ao julgador a concretização da norma no momento da interpretação. Porém, aponta a necessidade de serem indicadas as possibilidades excluídas, garantindo transparência, já que possui uma visão prática e criteriosa da aplicação do direito.

Esse autor expõe, ainda, que “o elemento risco está sempre presente na tomada de decisões” (CHAI, 2007, p. 253) e este risco só é diminuído com ampla participação dos possíveis atingidos.

Contudo, como incluir os afetados pela legislação nos instrumentos de criação e modificação do direito? Os interpretes de Häberle (1997), enquanto cidadãos, o povo de Müller no momento político (2003)?

No presente trabalho, defende-se que a participação popular na condução do Estado e na criação/aplicação do direito tem de ser ampla, desde o momento político. Porém, do exercício do poder político, pode advir legislação que, a despeito de boa intenção ou fundamentação em doutrina abrangente, acabe por ocasionar lesão a direitos e garantias fundamentais. Fato que demonstra a necessidade da existência de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, que garanta ao cidadão buscar sua análise através do foro dos princípios e obter assim eventual decisão declaratória de inconstitucionalidade, finalidade que só se alcançaria em maior extensão através do controle difuso, como se demonstrará à frente.

Visando, ainda, maior amplitude de participação, alguns advogam a ampliação no uso do *amici curiae*; outros defendem o controle de constitucionalidade partindo sempre do problema prático (CRUZ, 2004), até que o caso possa chegar ao

Supremo, momento em que este será decidido após reverberar por todo o judiciário, com a participação das partes, advogados, defensores, promotores, juízes.

A decisão no Judiciário, em especial na Suprema Corte, deve basear-se sempre na noção de razão pública, Rawls (2011) afirma que “a razão pública é a única que o tribunal exerce. É o único ramo dos poderes do Estado que se apresenta, de forma visível, como uma criação dessa razão e exclusivamente dela.”

Rawls (2011) não espera que todos encontrem a mesma decisão (interpretação), nem mesmo afasta a importância dos juízes de nível hierárquico inferior. Todos devem buscar a melhor interpretação constitucional possível e assim influir numa interpretação ampla e coerente. Entendimento similar ao que Dworkin (2011) apresenta do direito como integridade.

As decisões anteriormente proferidas, por sua vez, vão influenciar as futuras, através do “romance em cadeia”. Dworkin (2011, p. 176) prega uma força gravitacional do precedente que impõe sua observância não por hierarquia, ou pela força, mas pela “equidade que está em tratar casos semelhantes do mesmo modo”.

Lopes Filho (2014), por sua vez, defende um controle de constitucionalidade baseado no precedente, valorizando a atividade judicante e aponta a necessidade de coerência e coesão no Judiciário, seguindo a teoria de Dworkin (2011) para concluir que no Brasil se tem defendido uma visão conturbada do precedente, que apesar de possibilitar uma economia argumentativa e assim acelerar o julgamento, não é uma regra que se aplique por subsunção, como internalizado com as súmulas vinculantes.

A “gana” na edição de súmulas sintetizadoras do precedente tem gerado uma profusão de enunciados, mais de 1.000 só entre o STF e o STJ, o que segundo Nogueira (2013) não tem favorecido a uma melhor prestação jurisdicional, servindo apenas de contenção de processos, uma violência simbólica.

Para Muller (2003; 2013), Ely (2010) ou Chai (2007), o elemento de efetiva participação é preponderante para a legitimidade do sistema. E nisto os autores trabalhados são unânimes em reivindicar uma sociedade consciente de seus direitos, e um Judiciário consciente de seu papel, relevante, mas que está inserido em sistema maior e mais importante, que é a democracia.

Ely (2010, no entanto, preocupa-se com mais afinco na preservação dos direitos construídos pela maioria, enquanto Dworkin (2005) e Chai (2007) com a

manutenção do pluralismo e com as possíveis “violências estatais” que possam recair sobre as minorias, sejam do Legislativo ou do Judiciário.

A divergência aparece ao tratarmos das possibilidades de controle judicial através da preservação e ampliação de uma participação democrática.

Contudo, antes de apresentarmos a defesa do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade difuso como o mais apto a esta finalidade, apresentam-se as bases para a construção do controle de constitucionalidade brasileiro. Iniciando pelos modelos que lhe influenciaram.

2.3 O modelo americano de controle (controle por meio difuso)

Os dois modelos principais que influenciaram na criação dos sistemas de controle de constitucionalidade mundo afora são comumente separados em difuso e concentrado, ou sistema americano e sistema austríaco (ou europeu), com a ressalva de que a separação ocorre para fins didáticos, como será visto abaixo.

Essa divisão didática em dois modelos básicos é por vezes criticada, tendo em vista a singularidade do sistema francês. Baracho (2006) abre espaço para elencar que haveria dois grandes modelos, americano e europeu, e o sistema francês, em particular, notadamente preventivo, mas que sofreu alterações recentes, descritas abaixo.

Segundo Baracho (2006, p. 277), a “justiça constitucional é expressão que designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais é assegurada a supremacia da constituição”. Afirma, ainda, que o exercício da justiça constitucional proporciona um alargamento da constituição escrita, através da jurisprudência constitucional.

Acerca do modelo francês, Baracho (2006, p. 278) afirma que “todas jurisdições administrativas e judiciárias são apreciadas pelo Conselho de Estado e pela Corte de Cassação”. O controle não era do judiciário.

Contudo, em 2008, o sistema francês foi reformado, aumentando-se as atribuições do Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958 (MENDES, 2008), que tinha atribuição de efetuar controle abstrato e preventivo apenas, para aproximar-se da ideia de corte constitucional, com competência para exercer controle concreto e a *posteriori*. (STF, 2010)

Porém, como consequência da predominância das características dos modelos americanos e austríaco sobre os demais sistemas, inclusive o brasileiro, estes serão foco de estudo mais detalhado.

Como afirmado acima, existem dois grandes modelos ou sistemas de jurisdição constitucional, o difuso americano e o concentrado austríaco-alemão, que se apresentaram como mais influentes e se tornaram relevantes pela importância das nações que os utiliza destes sistemas e por sua capacidade de resolução das questões constitucionais nos países em que foram adotados.

Trata-se neste tópico acerca do sistema americano, para expor que é notadamente difuso e concreto. Difuso, já que a todos os juízes será possível declarar a inconstitucionalidade; e concreto, visto que há litígio onde se requer a declaração de inconstitucionalidade. Tal sistema é reconhecido como o primeiro sistema a admitir o controle de constitucionalidade das leis. Pode-se dizer, finalmente, que o modelo é baseado na declaração de inconstitucionalidade por via incidental, já que o pedido de declaração de constitucionalidade não é o objetivo principal da ação.

O sistema constitucional americano é marcado por diversas características próprias, explicadas pelo processo histórico de sua formação.

Streck (2002, p. 248) afirma que os Estados Unidos da América são detentores da primeira constituição escrita, considerando-se o sentido moderno da expressão, sendo também a mais duradoura, além de ser uma constituição moderada pela jurisprudência, “em conexão com o controle de constitucionalidade”, além de ser o primeiro Estado republicano presidencialista, características que certamente influenciam todo o sistema e o singularizam.

Como decorrência do processo revolucionário norte-americano, quebrando o vínculo com a metrópole opressora (Inglaterra), a opção tomada pela revolução foi confiar os direitos e liberdades à Constituição, para que fosse limitada a atuação do legislador, através desta norma rígida e superior. (STRECK, 2002)

Baracho (2006) e Streck (2002) explicam que o sistema americano, por sua vez, foi influenciado pelo judiciário britânico, influência que, apesar de distante, pode ser vislumbrada, na Inglaterra, através da doutrina do juiz Sir Edward Coke (falecido em 1634)²⁰, resumida por ele, nos seguintes termos: “A *common law*, monopólio do

²⁰ Note-se que o Juiz Coke morreu mais de 50 anos antes da decisão de Marbury x Madison. É demonstrado que, o conceito de supremacia da constituição e de controle judicial da constitucionalidade foi trabalhado por muitos anos antes da sua adoção no Judiciário Americano.

Poder Judiciário, de conformidade com esta tese, é a lei fundamental do reino, é a encarnação da razão. É nesse sentido que uma lei do parlamento contrária à “lei superior”, deve ser declarada nula.” (BARACHO, 2006, p. 279)

A doutrina inglesa de Coke, apresentada acima, foi abandonada, e, juntamente a ela, a tentativa de instituir na Inglaterra regra – princípio que autorizasse o juiz a exercer controle sobre a vontade do parlamento (CAPPELLETTI, 1984; BARACHO, 2006).

CAPPELLETTI (1984, p. 58) expõe a relação estreita entre o modelo inglês e o americano, relação que, apesar de estreita, é diametralmente oposta²¹, da seguinte forma:

Com efeito, veremos como um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado de a supremacia do poder judiciário ou, também o governo dos juizes, tenha sido exatamente o radical oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a “supremacia do Parlamento” na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada “supremacia dos juizes” nos Estados Unidos da América

Há, ainda, outra influência inglesa sobre a criação do controle de constitucionalidade norte americano que podemos destacar. Trata-se da prática do Comitê Judiciário do Conselho Privado, que poderia afastar do ordenamento normas criadas nas assembleias coloniais, quando as mesmas fossem contrárias as normas da Inglaterra (STRECK, 2002; BARACHO, 2006; CAVALCANTE, 1966).

Para Baracho (2006), este foi um predecessor do controle das normas pelo judiciário, já que pautado numa ideia comum de adequar as normas inferiores a uma norma superior.

A doutrina de Lord Coke foi por alguns anos importante na Inglaterra e copiada para as colônias, daí a possibilidade de sua influência na América, tendo sido abandonada na Inglaterra apenas em 1688 após a revolução gloriosa. (CAPPELLETTI, 1984)

²¹ Contudo, cabe apontar que a distinção afirmada por Cappelletti não mais se sustenta. Em 2009 foi instalada uma Suprema Corte para o Reino Unido, com autonomia do Legislativo, que julga recursos dos diversos entes políticos (Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte) e territórios que formam Estado Soberano. Sobre o assunto ver: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=279>.

Assim, nos EUA é aceita expressamente pelos teóricos da revolução a ideia de controle de constitucionalidade das normas pelo judiciário, chegando-se a reconhecer que seria inerente ao conceito de constituição o princípio de sua supremacia frente às demais normas. Baracho (2006, p. 279) afirma ainda que os mesmos proclamavam “que uma lei contrária à constituição é nula”.

Contudo, apesar da intenção dos teóricos de institucionalizar o controle de constitucionalidade, assim não foi feito, ao menos não expressamente, e a Constituição de 1787 não previa um instrumento desse tipo de controle. (BARACHO, 2006; STRECK, 2002)

A construção do modelo deu-se com a jurisprudência constitucional, com o marco inicial no famoso caso *Marbury v. Madison*, de 1803, onde o *chief justice*, John Marshall, à época presidente da Suprema Corte, aplicou os argumentos criados por Alexander Hamilton, apresentados no documento *Federalist Paper*, números 78 e 79, datado de 1787, ou seja, mesmo ano da promulgação da constituição americana (BARACHO, 2006).

Christopher Wolfe (1991), autor americano que possui uma obra voltada preponderantemente para a análise descritiva da evolução da interpretação constitucional americana, classificou a primeira fase da jurisdição constitucional americana, que tem como grande exemplo o caso trazido acima, como “fase clássica” e apontou como característica um controle judicial limitado sobre a legislação.

A decisão proferida se fundamentou na argumentação de que a lei invocada por *Marbury* era inconstitucional. A Lei criada pelo Congresso previa a competência da Suprema Corte para conhecer originariamente de *writs*, o que excederia o poder do Congresso, fixado na Constituição, sendo por essa razão inconstitucional (STRECK, 2002; BARACHO, 2006; WOLFE, 1991; Barroso, 2012a).

Barroso (2012b) aponta a construção da decisão como “primorosa”, dada a sua forma de construção invertida, com a intenção de assentar o posicionamento da corte, porém sem se confrontar com o executivo, afirma o Judiciário como interprete final do direito, porém sem determinar obrigação ao executivo no caso específico, que o executivo pudesse descumprir, o que poderia levar ao enfraquecimento da Suprema Corte.

O clima político, como se pode imaginar, era de muita tensão, e a decisão proferida por Marshall foi no intuito de preservar o poder da corte, sem, contudo,

ensejar um franco embate com o poder executivo, que certamente se negaria a cumprir uma decisão impositiva da corte. (WOLFE, 1991)

Percebe-se, assim, a influência da fundamentação criada no documento de Hamilton, *Federalist Papers*, números 78 e 79, onde se argumentava, a favor do controle de constitucionalidade, que uma norma que contrarie a constituição deverá ser considerada inválida, posto que, assim não o fazendo, a permanência no ordenamento de norma, que contesta as limitações da constituição, tornaria sem sentido a existência em si das normas constitucionais (BARACHO, 2006).

Contudo, as circunstâncias nas quais a decisão foi proferida merecem comentários para uma melhor compreensão. Marshall era Secretário de Justiça do Presidente John Adams, e estes juntamente com seus aliados federalistas haviam perdido as eleições presidenciais e legislativas. (BARROSO, 2012a)

Neste ínterim, os federalistas, que ainda eram maioria no congresso, aprovaram leis que aumentava o número de cargos de juízes (nomeando para os cargos aliados), fato que ficou conhecido como nomeações da meia-noite (WOLFE, 1991) e também reduziam o número de membros da Suprema Corte, evitando assim indicações pelo presidente subsequente, Thomas Jefferson (BARROSO, 2012b), numa aparente tentativa de preservação de poder e influência do partido na sociedade através do Poder Judiciário.

Marbury foi um dos juízes nomeados, porém não recebeu o seu ato de nomeação, dada a correria com o qual foram realizadas (importa informar que o seu ato de posse seria entregue pelo Secretário, o próprio John Marshall, que foi indicado para a Suprema Corte). Com a posse do novo Presidente, Thomas Jefferson, um novo Secretário de Justiça foi nomeado, James Madison, e este, por ordem do presidente, negou-se a entregar as nomeações aos juízes, incluindo Marbury, que impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte (WOLFE, 1991).

John Marshall, nomeado pelo Presidente Adams para Juiz da Suprema Corte²², já então como *chief justice* (presidente da Suprema Corte), apresentou então a famosa decisão, que apesar de declarar corajosamente a Supremacia da Corte na

²² Segundo Nogueira (2013) Marshall acumulou os cargos de Secretário de Estado de John Adams e Chief Justice da Suprema Corte, desde a nomeação para Suprema Corte em janeiro de 1801 até a posse de Thomas Jefferson em 04 de março de 1801.

apreciação da inconstitucionalidade das leis, naquele momento não produziam efeitos práticos contra o Executivo, posto que não determinava a nomeação de Marbury.²³

A decisão de Marshall é um marco importante, porém fruto de um debate histórico rico e combativo. Não foi um ato isolado, uma criação surpresa gerada de improviso. Em verdade é um marco de séculos de história e de amadurecimento, “história não apenas americana, mas universal” (CAPPELLETTI, 1984, p. 63).

Streck (2002) acrescenta que no mesmo texto (a decisão) se defende a completa independência dos tribunais para interpretar as normas, ordinárias e constitucionais. Baracho (2006) expõe que também estava presente a ideia de que competiria aos juízes assegurar o princípio da supremacia da constituição.

Streck (2002) e Baracho (2006) concordam em afirmar que o sistema constitucional americano é difícil de ser implantado em outros ordenamentos jurídicos, e que apesar de o modelo de controle de constitucionalidade influenciar vários outros sistemas algumas características se perdem, seja em valor e/ou intensidade.

No sistema americano, a Corte Suprema intervirá por meio do recurso de *certiorari*, para que se obtenha a *certification*, que pode ser descrita como instituto que torna definitiva decisão tomada por órgão judiciário de jurisdição inferior. (MOURÃO, DANTAS, 2009)

Mendes (2012) afirma que o sistema americano adotou alguns institutos que o fazem perder a característica de modelo subjetivo, para adotar postura de valorizar o interesse público, conferindo ao processo uma característica objetiva.

Baracho (2006), demonstrando entendimento convergente, afirma que tanto no modelo americano quanto no modelo europeu são utilizadas perspectivas contemporâneas de interpretação e hermenêutica constitucional semelhantes, havendo assim uma aproximação do sistema americano ao sistema europeu.

Os institutos do sistema americano de controle de constitucionalidade são os seguintes: o *writ of certiorari*, procedimento especial no qual a Corte Suprema avalia se deverá julgar o recurso diante de sua relevância, mecanismo esse para acesso à Corte Suprema (MENDES, 2008); a abertura processual por via de *amicus*

²³ Por vezes é mencionado a situação de que Marshall julgou caso no qual ele estaria envolvido, porém o desconhecimento das regras naquele momento, como a exemplo nossa suspeição, impedem avaliar sua legitimidade jurídica para decidir o caso. E em todo o caso, a importância do julgado não seria menor, posto que ele não concedeu o direito do seu antigo partidário (Marbury) e a relevância do julgado reside no *obiter dictum* que argumentativa e retoricamente reconheceram a supremacia para corte para a análise da constitucionalidade.

curiae; bem como o *stare decisis*, princípio que atribui às decisões do Corte Suprema eficácia *erga omnes*, vinculando todo o sistema (CUNHA, 2007).

O *writ of certiorari*, segundo Dantas (2009), é concedido quando quatro, ou mais juízes da suprema corte, votarem favoravelmente. Pode, ainda, a corte exercer discricionariedade para delimitar dentro de um caso quais questões vão ser analisadas, aspecto denominado *limited grand of certiorari*.

Dantas (2009) expõe, ainda sobre o assunto, que não é incomum a corte suprema deixar de apreciar determinada matéria ante a falta de discussões sobre o caso nos tribunais inferiores, aguardando assim por um futuro quadro de maior compreensão da problemática envolvida na questão e suas consequências.

Cunha (2007) demonstra que, no sistema americano, apesar de qualquer juiz deter poder-dever de declarar a inconstitucionalidade das normas, a Corte Suprema representa o topo do controle, “última e definitiva voz a respeito das questões constitucionais do país” (CUNHA, 2007, p. 80), já que, por força do *stare decisis*, ao tomar decisão em processo subjetivo, de cognição incidental, a força dos seus precedentes ou eficácia vinculante de suas decisões, criará a situação em que a lei permanece formalmente, porém não produzirá efeitos, por deixar de ser aplicada pelo judiciário, sendo chamada de lei morta (CUNHA, 2007; STRECK, 2002).

Por fim, cumpre apenas ressaltar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são *ex tunc*, pois não pode uma norma nula produzir efeitos, já que no sistema americano a norma é apenas declarada inconstitucional, não ocorrendo anulação da norma já que a mesma é nula, como dito acima; apenas há declaração de uma inconstitucionalidade anterior. (CUNHA, 2007). Diferente do que ocorre na Alemanha, onde se entende que a norma foi revogada, e os efeitos são *ex nunc* (CRUZ, 2004)

2.4 O modelo austríaco-germânico de controle de constitucionalidade (controle concentrado)

Por sua vez, o modelo de constitucionalidade concentrado teve início na Áustria, baseado na ideia de concentração da competência constitucional em um órgão.

O modelo em comento é também conhecido por modelo austríaco, pois, como afirmado acima, teve sua primeira institucionalização com o advento da Constituição austríaca, de 1920.

Camarão (2007, p. 162) destaca que, nos países europeus, que adotaram o modelo concentrado, os tribunais constitucionais criados se situavam “fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário, com a função específica de “guardar” a constituição, incumbência privativa exercida de maneira concentrada”. Já Cunha (2007) afirma que a criação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade nasceu com base na ideia de uniformizar as decisões, sendo esta concentração de competência explicada pelos sistemas jurídicos dos estados que aderiram ao modelo, conforme a explanação abaixo.

O modelo concentrado é atribuído por muitos aos esforços de Hans Kelsen, que participou notadamente na sua teorização e estruturação (BARACHO, 2006). Contudo, Streck (2002) aponta que o modelo concentrado, no qual se criam tribunais *ad hoc* para exercer com exclusividade o controle de constitucionalidade, não era ideia nova; afirma que o papel de Kelsen foi delimitar a ideia, excluindo do controle de constitucionalidade do juiz ordinário.

É ainda Cunha (2007) quem, expõe que, por pedido do governo da Áustria, Hans Kelsen apresentou projeto que foi o ponto de partida para a promulgação da Constituição austríaca de 1920, a primeira constituição a institucionalizar o modelo estudado de controle de constitucionalidade.

O modelo americano era utilizado, como demonstra Cunha (2007), ao longo do século XX nos mais diversos países, quando nestes se previa meio de controle de constitucionalidade, quadro que mudou, drasticamente, com a promulgação da Constituição austríaca de 1920.

Segundo Baracho (2006) a Justiça Constitucional europeia pode ser creditada a bases teóricas e práticas, ressaltando que a criação da Corte Constitucional austríaca, com a promulgação da Constituição de 1920, foi marco decisivo para a expansão do modelo nos países europeus, bem como em outros sistemas.

O sistema austríaco baseia-se na concepção de Kelsen de instauração de um positivismo constitucional, visualizado na teoria da construção do direito em degraus (KELSEN, 2006). A norma constitucional é condição de validade para as demais, é a norma fundamental. Para Kelsen (2003) o direito não pode ser considerado exaurido pela criação das leis, explicitando que a concepção de que legislação e execução como opostos é incorreta, assentando aí a teoria dos degraus

citada por Baracho, no sentido de que há a ordem jurídica internacional, a constituição, a lei ordinária, o regulamento e também a sentença e o ato administrativo, e ainda os atos de execução destes últimos, elementos apenas ilustrativos.

Porém, a ilustração serve para demonstrar esta escada de normas que da forma como explicada por Kelsen (2003) representa a constante criação e aplicação do direito, nos diferentes níveis da estrutura do ordenamento.

A disposição de forma hierárquica monta um sistema onde a norma inferior é aplicação do direito em relação à norma superior, devendo compatibilidade com aquela, ao passo que em relação à norma inferior é criação do direito, devendo a etapa inferior compatibilidade com a etapa superior (KELSEN, 2003).

Kelsen (2003) defende ainda que a função essencial da constituição seja regular a elaboração da legislação, já que é a norma geral superior, havendo normas gerais (constituição, leis, regulamentos) e individuais (sentença, ato administrativo). Assim, o legislador ordinário deverá pautar-se na constituição. Descendo percebe-se que, conforme a gradação é inferior, diminui-se a livre criação do direito, já que se deve compatibilidade aos graus superiores.

A concentração de competência para exercer o controle de constitucionalidade em um órgão jurisdicional específico, situado no ápice do judiciário ou fora dele, sendo denominado de Tribunal Constitucional, também é creditada à Kelsen (CUNHA, 2007).

Streck (2002) afirma que o tribunal *ad hoc*, ou Tribunal Constitucional de Kelsen, com competência exclusiva para exercer o controle de constitucionalidade, tendo exemplo o da Áustria, onde situado fora do judiciário é explicado pelo objetivo de proteger o legislador, sendo atribuída assim influência decorrente da Revolução Francesa. Não haveria um desprestígio ao Legislativo, como alegam os críticos da *judicial review*.

No sistema austríaco de controle de constitucionalidade o Tribunal Constitucional detém o monopólio do controle de constitucionalidade, o que não implica afirma que os demais tribunais e juízos não baseiem suas decisões em disposições constitucionais, já que cabe a estes aplicar o direito constitucional nos seus julgamentos, inclusive com a possibilidade de apresentar interpretação conforme a constituição (STRECK, 2002), sendo excluído de suas competências

apenas o exercício do controle de constitucionalidade, ou seja, declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

A jurisdição do Tribunal Constitucional austríaco é provocada, semelhantemente ao alemão, pelos tribunais, por pedido do Governo Federal, de um Governo Estadual, podendo ainda o tribunal julgar um litígio entre determinados órgãos estatais (STRECK, 2002).

Há, ainda, segundo Streck (2002), a possibilidade de o Tribunal Constitucional exercer controle de constitucionalidade mediante pedido de qualquer pessoa que afirme haver lesão contra direito próprio ocasionado por lei inconstitucional. Deverá a lesão ser independente de decisão judicial ou administrativa. O controle, nesses moldes, é subsidiário, só cabendo se não houver instauração do meio mais adequado para este fim.

Assim, caso já houver procedimento instaurado para averiguar a constitucionalidade da norma, pelos órgãos legitimados, ficará o pedido do cidadão comum prejudicado, não sendo viável sua instalação.

Streck (2002) acrescenta que, da maneira como idealizado na Áustria (e na Alemanha, como veremos abaixo), o controle de constitucionalidade das normas decorrente de um caso concreto somente pode ser averiguado com a remessa da questão ao Tribunal Constitucional. O tribunal inferior suspende a ação em caso de dúvida sobre a constitucionalidade da norma e suscita a questão à Corte Constitucional, que decidirá de forma objetiva sobre a constitucionalidade da norma.

Acerca do papel do sistema austríaco, Streck (2002) reconhece que o principal elemento era a construção de mecanismos que assegurassem a vontade geral proveniente da lei e pudessem por limitações aos demais poderes, sendo a justiça constitucional no modelo dos tribunais constitucionais uma demonstração da importância que passaram a ter as constituições com a construção do ideal de Estado Democrático de Direito.

A institucionalização do modelo concentrado nos mais diversos países europeus foi uma das características de sua democratização, ganhando força o modelo de Kelsen (BARACHO, 2006).

O sistema kelseniano – austríaco expandiu-se por grande parte da Europa, sendo adotado pela Itália em 1948, Espanha em 1978, Portugal em 1982, entre outros, com destaque para a Alemanha, outro grande expoente do direito comparado, no

tocante ao controle de constitucionalidade, que adotou o modelo em comento com a Constituição de *Bonn*, em 1949 (CUNHA, 2007).

A Alemanha merece especial atenção, por ser um dos mais notáveis sistemas de controle de constitucionalidade no direito estrangeiro, com adoção de técnicas bastante avançadas sobre o assunto²⁴, estas não serão abordadas no presente trabalho, que apenas traça o esboço do controle de constitucionalidade na Alemanha.

A constituição de *Weimar* de 1919 já previa controle abstrato das normas. Assim, pode-se reconhecer que desde aquela época já se vislumbrava no instituto do controle das normas, em especial no tocante à constitucionalidade, um instrumento para defender o direito objetivo, ficando o lado subjetivista do controle em segundo plano, com efeitos *erga omnes* para as decisões e restrito rol de legitimados (MENDES, 1999).

Mendes (1999) expõe que, no ano de 1926, em congresso realizado em Colônia, já se discutia a proposta de confiar a um único tribunal a competência para exercer o controle de constitucionalidade.

Contudo, segundo o mesmo autor, constata-se que somente em 1949, com a Constituição de *Bonn*, restou previsto o controle de constitucionalidade por uma corte constitucional, órgão máximo do judiciário. Dois anos depois, em 1951, foi editada a Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que concedeu a legitimidade de representação de forma restrita, cabendo somente ao Governo Federal, a um Governo Estadual ou a um terço dos membros do Parlamento Federal.

A Corte Constitucional alemã, segundo Mendes (1999), logo no início do exercício de suas atribuições, reconheceu a dupla função do controle abstrato das normas, que são de defender a constituição, retirando do ordenamento as leis inconstitucionais, bem como propiciar segurança jurídica, já que ao afirmar não haver inconstitucionalidade na norma atacada assegura sua legalidade e eficácia.

Como exposto acima e a exemplo do sistema austríaco, na Alemanha, também a corte constitucional poderá ser acessada para dirimir dúvidas sobre a constitucionalidade de uma norma suscitada em processo subjetivo, concreto, com a

²⁴ Algumas técnicas de decisão foram incorporadas no Sistema Jurídico brasileiro, através de alterações legislativas e por criação jurisprudencial. Acerca da decisão no controle ver *A decisão no controle de constitucionalidade* de Emílio Peluso Neder Meyer.

diferença de que na Alemanha os estados (*Länder*) possuem tribunais constitucionais. (MENDES, 1999)

Mendes (1999) explica que, no tocante ao controle concreto de normas alemão, este só pode ser exercido diante de uma lei formal posterior à Constituição. Para tanto, o tribunal, ao se deparar com causa em que seja relevante para seu julgamento lei que este considere inconstitucional, suspende os processos pendentes de julgamento, encaminhando para decisão da Corte Constitucional a questão sobre a inconstitucionalidade da norma.

Apresentados os traços principais do controle concentrado de constitucionalidade, convém apontar, em concordância com Cunha (2007) e Baracho (2006) que, o modelo concentrado teve ampla aceitação nas mais diversas nações, devido ao fato de que na grande maioria delas o sistema jurídico era de *civil law*, em contraposição ao modelo de *common law*, adotado nos EUA.

Nos países de *common law* vigora o princípio do *stare decisis*, onde uma decisão mesmo que no caso concreto vincula os órgãos judiciários inferiores, diferentemente dos sistemas jurídicos de *civil law*, baseado na modelo romano-germânico (CUNHA, 2007).

Assim, nos países de sistema baseado no modelo de *civil law*, ante a ausência do *stare decisis*, o exercício do controle difuso causaria a situação indesejável, na qual uma lei determinada é aplicada por alguns juízes e não por outros que a consideram inconstitucional, causando insegurança jurídica. Além disso, há outro ponto importante, consistente na multiplicidade de ações, uma vez que, mesmo a norma sendo considerada inconstitucional de forma reiterada, faz-se necessário o ajuizamento de nova demanda para que produza efeitos em um caso concreto (CUNHA, 2007).

Por sua vez, Baracho (2006) afirma que a concentração em um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade visa, ainda, a coerência do ordenamento jurídico.

Inobstante as diferenças dos modelos de controle, dos ordenamentos jurídicos, os sistemas apresentam-se como prática, internalizando instrumentos atribuídos por vezes aos dois modelos, representando-se uma convergência entre modelos, como afirmado acima, no tópico do controle difuso.

Mendes (2008) demonstra, ainda, a convergência entre os modelos europeu e americano, pelas perspectivas atuais, também por mudanças ocorridas nos sistemas “concentrados”, a exemplo da Áustria e também na Alemanha que passaram a admitir que outros tribunais exerçam o controle de constitucionalidade²⁵.

Essas características aproximam os dois modelos tradicionais na prática da jurisdição constitucional, permanecendo, como dito acima, a distinção entre os modelos para fins notadamente didáticos.

²⁵ Mendes (2008) expõe que o tribunal, apesar de encaminhar a questão ao Tribunal Constitucional, já expressa um juízo provisório e negativo sobre a constitucionalidade da norma.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: o histórico brasileiro, sua ampliação e a tentativa de construção hermenêutica de um novo controle difuso.

As expressões “jurisdição constitucional” e “controle de constitucionalidade” têm sido muitas vezes utilizados como sinônimos, porém Barroso (2012a) explica que, a rigor, tratam-se de gênero e espécie, respectivamente. O controle de constitucionalidade é uma forma de realizar a jurisdição constitucional que é a aplicação da constituição por juízes e tribunais.

A jurisdição constitucional, assim como o controle de constitucionalidade, ganhou maior relevância mundial após os horrores da segunda guerra mundial, quando houve uma redescoberta da ideia de constituição e da extrema relevância da sua correta proteção (VELLOSO, 2012).

Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade têm por pressuposto uma constituição normativa, e, como já lecionava Hesse (1991, p. 24), a “constituição está condicionada pela sua realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo.” O autor defende a possibilidade de realização das normas da constituição, alterando a realidade e protegendo o Estado das “investidas do arbítrio”, todavia registra que há limites, que por vezes são intransponíveis, registrando que “os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (sein) e dever ser (sollen)” (HESSE, 1991, 136/137).

Os diversos ordenamentos jurídicos modernos necessitam de modelos de controle para afastar a possibilidade de leis inconstitucionais inseridas no sistema.

Zeno Veloso (2000, p. 131) aponta ainda a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, que podem ser realizadas tanto por aspectos formais (desobediência ao processo legislativo) quanto por conteúdo, quando as emendas sejam contrárias ao núcleo essencial da Constituição em vigor, sobretudo às cláusulas pétreas.

Assim, cada ordenamento, legitimamente, cria institutos, modifica outros externos, visando instrumentalizar, da maneira que melhor lhe couber a justiça constitucional e o controle de constitucionalidade.

Ramos (2001) expõe que a finalidade e a natureza do constitucionalismo é garantir os direitos fundamentais, através da limitação do poder,

sendo o controle de constitucionalidade em relação a este um mecanismo encontrado para limitar as transformações sociais, com a mesma finalidade do constitucionalismo, ou seja, resguardar os direitos fundamentais. Defende, ainda, uma proeminência do controle concentrado.

Inobstante as singularidades do controle de constitucionalidade, advindas certamente da prática constitucional em sua trajetória histórica, de cada Estado e por consequência de cada ordenamento jurídico, vislumbra-se didaticamente a possibilidade de diferenciação em dois modelos básicos, que certamente influenciaram na criação dos sistemas atuais, e claro também ao sistema brasileiro.

Desses dois modelos ou sistemas de controle surgiram os institutos que influenciaram historicamente para a criação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é às vezes, em decorrência dessa dupla influência, intitulado misto. Contudo, pelas singularidades que se verá à frente, e por ser o foco maior de estudo do presente trabalho, o sistema brasileiro será considerado em suas particularidades, não cabendo denominá-lo sistema misto, para utilizar apenas: sistema brasileiro.

3.1 Histórico do controle de constitucionalidade brasileiro

O controle de constitucionalidade brasileiro tem sido marcado por momentos históricos distintos, apresentando mudanças significativas, quase que como regra, em momentos em que houve também modificação da própria Constituição.

Controle de constitucionalidade, como antes demonstrado, não é ideia que já nasceu junto com a constituição. Na verdade, grande parte da doutrina aponta os EUA como precursor do instituto, por concretizar a primazia do judiciário e a supremacia da constituição. (SOUZA, 2002)

Criação do direito constitucional moderno, o controle de constitucionalidade das leis vem sempre sofrendo alterações, havendo vários sistemas, dada sua flexibilidade para adequar-se aos variados sistemas políticos. (MENDES, 2008)

Indispensável ao controle de constitucionalidade, como pensado atualmente, que haja uma constituição escrita, esta que, por sua vez, consolidou-se,

segundo Mendes (2008, p. 1001) “na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência americana”.

A primeira Constituição brasileira foi criada em 1824, dois anos depois da Independência, esta que foi influenciada pela Revolução Francesa e a Independência Americana.

Na Constituição de 1824, por influência francesa (MENDES, 2008), havia a possibilidade do Poder Legislativo, no caso representando pela assembleia geral, criar leis, suspendê-las e revogá-las, bem como era esse Poder responsável pela guarda da Constituição. (SLAIBI, 2008) Portanto, Mendes (2008, p. 1036) afirma que tal fato “era a consagração do dogma da soberania do Parlamento”.

No art. 15, do texto Constitucional de 1824, era previsto que até mesmo a interpretação das leis seria realizada pelo parlamento, bem como neste mesmo artigo havia a disposição literal para a função de guardar a Constituição:

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

Havia, ainda, a separação dos poderes, em Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Moderador, este último, exercido pelo Imperador.

Contudo, afirma Mendes (2008, p. 1035), “não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos modernos de controle de constitucionalidade.”

A sistemática de atribuir o controle de constitucionalidade das normas, ao órgão responsável pela criação de novas normas, apresentou certa problemática, ante a falta de interesse em declarar a inconstitucionalidade das normas por ele mesmo criadas. Sobre o assunto Slaibi (2008, p. 5) assim se posiciona:

Ressalte-se que o controle legislativo da constitucionalidade da lei implantado na Carta do Império se de um lado mostrou-se inoperante e permitiu uma certa promiscuidade entre o legislador ordinário e o legislador constituinte, por outro lado não excluiu da Lei Maior o seu caráter de constituição rígida, pois distinguia os procedimentos de elaboração das leis e de emendas constitucionais.

Sob este fundamento, fica assente a caracterização de uma constituição rígida, porém como afirmado por Mendes no trecho acima, não havia um controle de constitucionalidade, como nos modelos ditos modernos. Slaibi (2008) assevera a causa, ao elucidar que o papel do Imperador institucionalmente, atribuído pela

constituição vigente, previa o exercício do Poder Moderador, considerado o centro de todo o ordenamento jurídico.

Complementa Slaibi (2008, p. 5), diante de uma realidade constitucional onde o Imperador deteria, como consequência do Poder Moderador, a legitimidade para exercer poder de veto suspendendo os atos da Assembleia Geral, ou até mesmo por sua discricionariedade dissolvê-la, serviria, também para afastar “às incursões do Parlamento nas áreas política e jurídica.”

Portanto, percebe-se que as características do contexto político e constitucional da época acabavam por prejudicar um debate mais profícuo acerca do controle de constitucionalidade das leis.

Com o advento da Constituição de 1891, denominada de República Velha, houve uma mudança do paradigma constitucional brasileiro, com forte influência do sistema norte americano, em detrimento ao antigo sistema baseado no modelo francês. (SLAIBI, 2008)

Reconhecida como a primeira Constituição republicana brasileira, esta previa o controle de constitucionalidade das leis de acordo com o sistema americano, denominado modelo difuso de controle de constitucionalidade. (AMORIM, 2010)

A influência da realidade constitucional norte-americana deu-se pela absorção daquelas ideias pelos “personagens marcantes”, como afirma Mendes (2008), sendo o principal e citado por vários estudiosos sobre o tema, Rui Barbosa.

Como observa-se na obra de Rui Barbosa (1893) sobre o controle de constitucionalidade, a Constituição de 1891 permitia a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e também pelos tribunais locais, ao afirmar que cabe recurso das decisões dos tribunais locais que foram no sentido de invalidade da lei federal, recurso de competência do Supremo Tribunal Federal.

Consagrou-se, assim, a aplicação do chamado sistema de controle difuso de constitucionalidade, como salientou Alves Jr. (1998, p. 15), acerca da transição ocorrida com a Constituição de 1891:

Se no regime imperial não cabia - como não coube - um sistema jurisdicional de constitucionalidade, no novel regime implantado - o republicano - foi incorporada mais uma contribuição norte-americana, além do federalismo, ao sistema jurídico-político brasileiro: o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (*judicial review*). Na república norte-americana, a fiscalização da legitimidade constitucional das leis surgiu do processo de "construção" jurisprudencial da Suprema Corte dessa República. Foi o labor interpretativo dos juízes (*justices*) norte-americanos que fixou a competência do Poder Judiciário para declarar de inconstitucional ou não uma lei. O caso

célebre foi a demanda "*Marbury vs. Madison*" (1803), no qual se firmou a competência do judiciário para defender a Constituição de normas inconstitucionais.

O trecho acima demonstra, também, a influência sobre o sistema de organização dos estados, baseado no federalismo. Acerca do surgimento do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, apesar de já se ter tratado do assunto no capítulo acima, coube trazer a origem novamente, para explicitar que, inobstante o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade ter-se dado por “‘construção’ jurisprudencial da Suprema Corte dessa República” (ALVES JR., 1998, p. 15), no Brasil o sistema foi expressamente previsto.

Cumprido ressaltar que Rui Barbosa merece crédito por destacar, ainda em 1893, as bases do controle de constitucionalidade brasileiro, expondo com clareza as circunstâncias de aplicabilidade do controle de constitucionalidade criados em 1891 com a nova constituição republicana, uma vez que havia certa hesitação entre juristas e magistrados da época quanto à aplicação do instituto, decorrentes da mudança relativamente recente. (MENDES, 2008).

A Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), na redação original do seu art. 60, previa apenas a possibilidade de alegar matéria constitucional no processo judicial, fosse através de “ação ou defesa”, como se vê abaixo:.

Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

Cabe esclarecer que a possibilidade de alegar matéria constitucional prevista era em sentido de jurisdição constitucional, não meramente de controle de constitucionalidade. Assim, era considerada incluída a possibilidade de a parte alegar a matéria constitucional e requerer a declaração da inconstitucionalidade de uma norma inferior.

Contudo, não deve ser confundido o permissivo informado acima com as ações diretas de controle atuais, uma vez que neste momento histórico só era possível o exercício do controle de constitucionalidade de forma indireta, incidental, com a influência do *judicial review* americano, bem como pela doutrina e a prática jurídica de Rui Barbosa, que à época era um renomado advogado e edificou-se a construção jurisprudencial da possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário.

Importa destacar o impacto da obra de Rui Barbosa (1893, p. 241), através de manifestação em processo judicial e que se tornou livro, denominado de “Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal”:

Dirão talvez que advogo a nacionalização entre nós de praxes arriscadas a despertarem no animo dos poderes políticos zelos ameaçadores contra a justiça. O exemplo da União Americana evidencia o contrario. Graças precisamente a essa repressão das inconstitucionalidades legislativas pelos tribunales, as assembléas populares consideram alli o poder judiciario "antes como auxiliar do que como rival." 2 O dever judiciario de aquilatar as leis, desprezando como nullas as inconstitucionaes (p. 241) (texto original)

A tese do controle de constitucionalidade pelo judiciário ganhou aceitação no meio jurídico nacional, e com o reconhecimento da possibilidade pelo próprio STF, posteriormente, adveio emenda constitucional em 1926, retirando qualquer dúvida sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Judiciário²⁶.

Portanto, assevera Mendes (2008, p. 1037):

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças do Estado, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.

Continuou a discussão sobre a possibilidade de Juízes e Tribunais declararem a inconstitucionalidade das leis, ponto que foi esclarecido pela legislação apenas em 1984.

Sobre o assunto, Mendes (2008) afirma que a Lei nº 221, de 20/11/1984, foi o ponto que marcou o fim das dúvidas sobre a sistemática do controle de constitucionalidade, pois afirmava categoricamente que havia competência dos Tribunais e também dos Juízes para apreciar a validade das leis em confronto com a Constituição, sem ressalvas se federal ou estadual.

²⁶ Art. 60 (...)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: ([Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação; ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; ([Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926](#))

“Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*.” (MENDES, 2008, p. 1038)

Contudo, retornado ao esboço histórico, tem-se que, por sua vez, na Constituição de 1934 houve mudanças em vários pontos, com a advento de institutos inovadores, como a criação do mandado de segurança e do recurso extraordinário, havendo uma mitigação do modelo federativo, a partir da diminuição do poder dos Estados e a consequente concentração de poder no governo central²⁷ (SLAIBI, 2008).

As alterações que nos são mais relevantes são as relativas ao controle de constitucionalidade, claro. E sobre este assunto, pode-se indicar que, apesar de manter o sistema inaugurado com a Constituição de 1891, já se iniciaram modificações, como a criação da determinação de que a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser decretada pela maioria absoluta de membros dos tribunais.²⁸

Segundo Mendes (2008, p. 1038) a intenção era clara e justificável: “Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais.” Logo, a necessidade de maioria absoluta do tribunal garantiria uma maior força da decisão, que seria modificada com menor frequência ou menor probabilidade.²⁹

Foi, também, na Constituição de 1934 que se criou a competência do Senado Federal para suspender a execução, da norma ou ato declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário³⁰ no todo ou em parte, em caráter geral. (CUNHA Jr, 2014)

Esse instrumento foi criado como uma tentativa de amenizar a crise do Recurso Extraordinário-RE, que se apresentava como a crise do próprio STF,

²⁷ Slaibi (2008) aponta a Constituição de 1934 e suas alterações como o começo da caminhada em direção ao modelo das constituições parlamentaristas europeias, o que certamente, também, irá influir no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como veremos a seguir.

²⁸ A ideia da cláusula de reserva de plenário é mantida até os dias atuais.

²⁹ Cabe ressaltar que temos exemplos de casos recentes em que, pouco após o julgamento, o STF modificou sua decisão, cabendo a reflexão sobre a eficácia deste instrumento enquanto garantidor da segura. Sobre o assunto v. artigo do Prof. Dr. Maués, http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/09_rev16_587-624_-_antonio_moreira_maués.pdf.

³⁰ CUNHA JR explana que, apesar da expressão “Poder Judiciário”, o entendimento sobre o assunto era de que somente poderia ser suspensa a execução de norma ou ato se houvesse a manifestação do Supremo Tribunal Federal.

causada pela enxurrada de processos dessa natureza para esse Tribunal (BREMAN, 2009; DANTAS, 2009), assunto tratado com mais profundidade posteriormente.

Cunha Jr (2014) afirma que a possibilidade de suspensão da norma pelo Senado Federal teve o escopo de suprimir deficiência técnica no controle de constitucionalidade advinda da Constituição de 1891.

Ressalte-se que, pela sistemática da época, apenas poderia o Senado Federal atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade, não se aplicando para a decisão declaratória de constitucionalidade (MENDES, 2006).

Barroso (2006), por sua vez, aponta o cerne da questão como histórico e técnico, já que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro à época era baseado principalmente no modelo americano, porém o sistema jurídico no geral era de tradição romano-germânica. Assim, diferentemente do sistema americano, onde a decisão do órgão superior vincula os órgãos inferiores, principalmente as da Suprema Corte, no sistema brasileiro a decisão não possuía eficácia vinculante, nem mesmo às do STF.

É possível afirmar que esse instituto acabou por retirar do STF a faculdade de atribuir eficácia vinculante às suas decisões, alguns juristas, entendem que a solução adotada não foi a melhor, sendo questionada por Mendes (2008, p. 1038):

é possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar uma solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado.

Sobre o assunto acima, outras considerações serão apresentadas mais adiante.

Outra inovação trazida ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1934 foi a chamada representação interventiva, apontada por Mendes (2008), como, talvez, a maior inovação desta Constituição, por configurar o primeiro instrumento jurídico de controle de constitucionalidade, no sistema brasileiro, por meio de ação direta. Sobre o assunto, Cunha Jr (2014, p. 85) afirmou que “essa ação direta interventiva representou o primeiro passo para o desenvolvimento, entre nós, do controle “europeu” ou “concentrado” de constitucionalidade”.

A representação interventiva tinha como legitimado o Procurador-Geral da República e servia para assegurar a proteção aos chamados princípios constitucionais

sensíveis, como forma republicana, independência dos poderes, prestação de contas da administração, temporariedade das funções eletivas, entre outros, bem como para assegurar o cumprimento de decisão judicial (SLAIBI, 2008).

Note-se que, os institutos citados acima, quais sejam: a cláusula de reserva de plenário, Art. 97, CF/88, a suspensão da execução da norma pelo Senado Federal, Art. 52, X, CF/88, (BARROSO, 2006) e Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Art. 36, §3^a (SLAIBI, 2008), todos iniciados na Constituição de 1934, estão presentes até hoje no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Esta circunstância mostra a relevância desta Constituição para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, com mudanças que se cristalizaram nesse sistema.

Mendes (2008) traz ainda a informação de que na Constituição de 1934 era vedado ao Poder Judiciário julgar questões exclusivamente políticas e que, apesar de não contemplada na Constituição de 1934, foi apresentado projeto para a criação de uma corte constitucional, inspirada no modelo austríaco.

Seguindo na análise do histórico do controle de constitucionalidade, tem-se a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, a qual tinha características autoritárias e centralizava poder no Presidente da República, razão por que é apontada pela doutrina como grande retrocesso no constitucionalismo brasileiro, em especial no controle de constitucionalidade das leis.³¹

Streck (2002) aponta a “Polaca”, como ficou conhecida a constituição de 1937, como de presidencialismo forte e parlamento com características diferenciadas, mantendo o controle difuso de constitucionalidade, sem a previsão de remessa ao Senado, como estava na Constituição de 1934.

A ausência de remessa ao Senado não implicava em ampliação dos efeitos da decisão, mas de ausência de previsão constitucional de ampliação dos efeitos da decisão para além das partes, para além do processo. Logo, a decisão mesmo em matéria constitucional estava fadada a resolver apenas um único caso.

Tendo em vista a escassez de elementos novos e importantes para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade na Constituição de 1937, breves comentários serão suficientes para demonstrar sua sistematização.

³¹ Lênio Streck, Gilmar Mendes, Nagib Slaibi, Dirley, Cunha Jr são unânimes em apontar as alterações trazidas pela Constituição de 1937 como retrocesso.

Como discorrido acima, a Constituição de 1937 apresentou um retrocesso do aspecto técnico do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Esta afirmação recai em grande parte devido ao enfraquecimento da supremacia do Poder Judiciário ocorrida naquele momento constitucional. O enfraquecimento, apontado, se manifesta na previsão para a possibilidade do Poder Executivo, na figura do Presidente³², tornar sem efeito decisão do Supremo Tribunal, que havia declarado determinada norma inconstitucional (CUNHA JR, 2014).

A norma declarada inconstitucional só deveria ser passível de confirmação se houvesse necessidade ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, porém são termos vagos, passíveis de grande amplitude hermenêutica e a própria Constituição deixou expresso o legitimado para exercer essa interpretação, no caso, o Presidente da República.

Patente a concentração de poder que o texto constitucional apresentava, inclusive, porque o Presidente poderia requerer ao Poder Legislativo a confirmação da norma, sendo que a decisão do Supremo Tribunal ficaria sem efeito no caso de confirmação por 2/3 dos votos de cada uma das Casas Legislativas³³. Ocorre que, à época, o Poder Legislativo não funcionava, cabendo ao próprio Presidente da República, mediante decreto-lei exercer, também, tal mister (CUNHA JR, 2014). Um verdadeiro contrassenso ao sistema de freio e contrapesos nos quais se inspiram os ideais de separação dos poderes do Estado.

Dessa forma, deve-se reconhecer que a Supremacia do Poder Judiciário estava seriamente abalada, concentrando grande poder nas mãos do chefe do Executivo, ao ponto de alguns doutrinadores afirmarem que, em havendo decisão cujo conteúdo declarasse inconstitucional uma norma e, posteriormente, o Presidente, utilizando sua prerrogativa, optasse pela confirmação da norma, haveria uma elevação da lei declarada inconstitucional pelo STF ao status de uma verdadeira emenda à Constituição (MENDES, 2008; SLAIBI, 2008).

Mendes (2008) demonstra que, naquele momento, houve quem defendesse o instrumento, porém havia reações contrárias, em especial após a edição

³² Slaibi (2008) explana que a força do Presidente da República era tamanha, e de tanto destaque, que no texto Constitucional se utiliza a expressão “Presidente da República” e não Poder Executivo, como de praxe!

³³ As Casas Legislativas eram as Câmaras: dos Deputados e o Conselho Federal. (Streck, 2008)

da Lei nº 1.564, que confirmou textos de lei declarados inconstitucionais pelo STF, momento em que a reação foi mais intensa.

No mais, manteve-se a previsão de maioria absoluta de votos do Tribunal para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, bem como a vedação para o Poder Judiciário apreciar questão exclusivamente política (CUNHA JR, 2014).

Com um retorno da influência americana, novamente se fez presente, na Constituição de 1946, a Supremacia do Judiciário para questões de natureza constitucional, bem como o controle difuso de constitucionalidade, inaugurado pela Constituição da República Velha em 1891 e outros instrumentos previstos na Constituição de 1934, a exemplo da suspensão da norma pelo Senado e da Representação Interventiva (CUNHA JR, 2014).

Com a EC nº 16 de 1965, houve grande inovação no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, instituindo “ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais” (MENDES, 2008, p. 1044)

Assim, pela primeira vez na história constitucional brasileira³⁴, criou-se instrumento de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das normas federais e estaduais genéricas, a atualmente chamada ação direta de inconstitucionalidade por ação, nos moldes pensados por Kelsen (CUNHA JR, 2014).

Por fim, na Constituição de 1946 estava previsto o controle, pelos Tribunais de Justiça, da constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Estadual (MENDES, 2008), inovação que é mantida até os dias atuais.

Na Constituição de 1967 não foram apresentadas grandes transformações no controle de constitucionalidade brasileiro, mantendo-se, novamente, o controle pelo sistema difuso, bem como a representação interventiva e a representação

³⁴ Slaibi explana que “A representação para intervenção, antes e até agora, é instrumento de ingerência constitucional da União no Estado, ou do Estado no Município, em que o tema de inconstitucionalidade do ato era declarado em ação perante as Cortes máximas da União ou do Estado, ensejando, em caso de intervenção material (atual art. 34, VI) ou intervenção normativa (atual art. 34, VII) a requisição ao Chefe do Executivo que então viria com o decreto operando a intervenção.”

Assim, vislumbra-se que a Representação Interventiva era “peculiar modalidade de solução de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado. E o poder atribuído ao Procurador-Geral da República, que, na Constituição de 1946, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal – a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126) -, deve ser considerado, assim, uma simples representação processual.” (MENDES, 2008).

Pode-se, portanto, afirmar que a Emenda Constitucional de nº 16, ao introduzir na Constituição de 1946 a Representação genérica de inconstitucionalidade, criou o primeiro instrumento de controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil.

genérica de inconstitucionalidade, como espécies de controle concentrado de constitucionalidade (MENDES, 2008).

A representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis da Constituição Estadual, prevista na Constituição anterior, de 1946, foi esquecida pela Constituição de 1967, somente reaparecendo por meio da EC nº 7 de 1969 (CUNHA JR, 2014).

Outra mudança foi a possibilidade de representação interventiva para prover a execução de lei federal (MENDES, 2008)

A EC nº 7/77 introduziu outros dois instrumentos de controle de constitucionalidade. O primeiro a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, também de competência do STF³⁵. E a segunda alteração, de grande importância, como se demonstra, abaixo³⁶, a possibilidade de concessão de medida cautelar em representação genérica de inconstitucionalidade³⁷, o que segundo Mendes, pôs fim aos embates sobre esta possibilidade (CUNHA JR, 2014; MENDES, 2008).

3.2 O controle de constitucionalidade brasileiro difuso e a ampliação dos seus efeitos: racionalidade, distorções ou complementaridades?

O controle concentrado de constitucionalidade teve início no Brasil com a EC de nº 16 de 1965, que alterou a Constituição de 1946, criando a representação genérica de inconstitucionalidade, mas foi na Constituição de 1988 que o controle concentrado se tornou o centro da jurisdição constitucional.

³⁵ “Esta novidade, todavia, foi extinta pela Constituição de 1988.” (CUNHA JR, 2014)

³⁶ Slaibi (2008), em sua obra, apresenta com muita substancialidade a realidade histórica por trás do desenvolvimento do controle de constitucionalidade. Expôs em algumas páginas, de maneira objetiva, como se deu a controvérsia sobre a possibilidade do STF conceder cautelar em representação genérica de inconstitucionalidade. Sendo que a principal questão posta era a de que “ A Suprema Corte comunicava a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, para que este resolvesse sobre a resolução hoje prevista no art. 52, X, da Carta de 1988, tanto em casos de controle incidental (pois o reconhecimento da inconstitucionalidade ficava restrito como prejudicial da decisão que, aí sim, alcançava os denominados limites subjetivos da lide e a resolução do Senado operava erga omnes nas esferas normativas federal, estadual e municipal) como de controle concentrado (pois reconhecimento da inconstitucionalidade na respectiva representação tinha conteúdo declaratório, necessitando da resolução senatorial para suspender erga omnes os efeitos da norma inconstitucional).” Assim, alguns defendiam que não poderia o STF conceder a cautelar, se sequer poderia suspender a eficácia da norma ao fim do julgamento.

³⁷ Sendo mantida pela Constituição de 1988.

Barroso (2009) afirma que a contribuição principal da Constituição de 1988 para o controle objetivo e concentrado de constitucionalidade foi a ampliação do rol de legitimados, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República.

Aduz, ainda, Barroso (2009) que a Constituição de 1988, bem como as alterações levadas ao texto constitucional e ainda a legislação infraconstitucional, estão sempre no sentido de alargar a jurisdição constitucional por meio de ação direta. Essa realidade também foi detectada por Cruz (2004), para quem a ampliação do controle concentrado seria uma forma de redução da participação do cidadão no controle de constitucionalidade. Na mesma linha, defendemos uma jurisdição constitucional mais democrática.

Sobre os efeitos da decisão em sede de controle concentrado, não há necessidade de informação para que o Senado suspenda a aplicação da norma. Debate superado, mas se deve ressaltar, que mesmo quanto ao controle concentrado, houve época em que o STF entendia necessária à informação ao Senado, para que este procedesse com a suspensão da eficácia da norma. (CUNHA JR, 2007)

O STF mudou esse entendimento, acertadamente, em 1977³⁸, quando passou a entender, por construção de interpretação teleológica, pela desnecessidade de qualquer procedimento do Senado, atribuindo-se eficácia *erga omnes* aos casos de decisão por inconstitucionalidade proferida em ADI (representação de inconstitucionalidade).

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI), como exposto acima, é a sucessora da Representação genérica de inconstitucionalidade, considerada a primeira experiência no histórico brasileiro do controle concentrado de constitucionalidade.

Com o advento da Constituição de 1988, ante a visível característica de ação, o constituinte optou pela terminologia ação direta de inconstitucionalidade³⁹ (CUNHA JR, 2014).

Barroso (2012a), acentua a característica notável de ação do instrumento estudado, conquanto provoque o exercício da jurisdição, mesmo que constitucional.

³⁸ Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123

³⁹ 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 e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (BRASIL, 1988)

Porém, esclarece ainda o autor, difere da uma ação comum, onde há interesses individuais ou subjetivos, apesar de proposta por legitimados ativos e não há lide, portanto, as partes são apenas assim caracterizadas pelo aspecto formal do processo, que tem natureza objetiva.

A caracterização deste instituto como meio de controle concentrado de constitucionalidade se dá pela competência originária do STF para processar e julgar o feito, nos moldes criados pelo sistema europeu, onde há uma corte constitucional que detém a competência exclusiva para a declaração de inconstitucionalidade (BARROSO, 2012a).

No Brasil o STF tem competência exclusiva sobre o controle de constitucionalidade das leis federais em sede de ações objetivas.⁴⁰

A Constituição de 1988, reconhecida pelos avanços e muito celebrada pelos juristas, trouxe inovações ao instrumento, bem além da nomenclatura, a começar pela ampliação do rol de legitimados.⁴¹

Na Constituição de 1946, com a alteração pela EC 16/65, criou-se a representação genérica, como exposto em várias oportunidades, contudo vimos que desde a representação interventiva, criada em 1934 que visava proteger os princípios constitucionais sensíveis, havia o monopólio da legitimação ativa destes instrumentos, cabendo sua utilização apenas ao Procurador-Geral da República (CAVALCANTE, 1965).

Impossível não notar na Constituição de 1988 a efetiva ampliação do rol de legitimados para propor as ações de controle concentrado, do qual passaram a integrar inclusive diversos órgãos da sociedade, que tem explicação histórica⁴² e levou

⁴⁰ Cabe ressaltar que os tribunais de justiça estaduais poderão julgar ações de controle objetivo no âmbito da legislação estadual em relação à constituição estadual. V. "Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro", de Léo Ferreira Leony, Saraiva, 2007.

⁴¹ Os legitimados ativos para propor ação direta agora, nos termos do art. 103, da CF/88, são: "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

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 – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional." (BRASIL, 1988)

⁴² Mendes (2008) elucida em sua obra que, em 1970, o MDB, partido de oposição, solicitou ao Procurador-Geral da República que procedesse com a representação contra determinada lei. Ao que a

a uma ampliação no uso deste instrumento, pois quando se tinha apenas o Procurador-Geral da República como legitimado para a ação direta de constitucionalidade, este poderia optar por não utilizá-la.

Representando o controle concentrado, nos sistemas constitucionais anteriores, com pouca expressão, a ADI passou, com a Constituição de 1988, ao centro do sistema, o que denota uma pretensão de ampliação–do uso do controle abstrato de constitucionalidade das normas no Brasil (MENDES, 2008).

Com essa nova configuração, a Constituição de 1988 acabou por levar à uma mudança no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, talvez não desejada. Mendes (2008) afirma que a ampliação da legitimação, com a consequente utilização mais frequente, do controle concentrado, acabou por reduzir o significado do controle difuso ou incidental, já que poderia se discutir as questões constitucionais relevantes através de processo objetivo, no controle concentrado e abstrato das normas.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) apareceu pela primeira vez no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ao menos com essa nomenclatura distinta (MENDES, 2008), por meio da EC de nº 3, de 1993, a qual foi alterada pela EC de nº 45, de 2004, momento em que se ampliou seu rol de legitimados, para então igualar-se ao rol de legitimados para a ADI (BARROSO, 2012a).

Na Constituição de 1988 foi atribuída competência ao STF, para processar e julgar a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88). Mencionada ação tem por escopo solucionar controvérsia judicial sobre constitucionalidade de norma diante de constantes dúvidas sobre a constitucionalidade na norma ou ato (CUNHA JR, 2014). A controvérsia é judicial posto que, como lógico, reside no âmbito do poder judiciário, não sendo questão apenas doutrinária. Dá-se por meio do controle incidental realizado por órgãos judiciais inferiores, que consideram alguma norma inconstitucional, e afastam sua

resposta foi negativa, com a complementação de que o mesmo não estava constitucionalmente obrigado a fazê-lo. Assim, entendendo que a solicitação não vinculava sua postura, se assim não entendesse. Em julgamento de reclamação constitucional o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favorável ao entendimento do Procurador-Geral da República, afirmando que este “poderia decidir se e quando deveria ser oferecida representação para a aferição da constitucionalidade de lei.” (p. 1047) Sendo certo que a situação acima ensejaria aos juristas da época a profunda tentativa de estabelecer critérios, para determinar quando o Procurador-Geral da República tinha ou não tal autonomia, e os limites desta.

aplicação, o que gera “insegurança jurídica” até a estabilização da questão constitucional. A ADC tem a incumbência de definir a constitucionalidade da norma, limitando os órgãos judiciários inferiores de voltar a julgar a questão.

Cunha Jr (2014) afirma que da característica anterior é que se firma como pressuposto de admissibilidade da ADC a prévia demonstração da controvérsia judicial sobre determinada norma objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

A lógica para sua criação, apesar de ilógica para Streck (2002)⁴³, é explicada pela constatação de eventuais surtos de controvérsias generalizadas sobre a constitucionalidade de determinada norma (BARROSO, 2012a). Apesar do princípio da presunção de constitucionalidade que é inerente aos atos normativos do Poder Público, estas situações levavam ao crescimento de demandas acerca da mesma matéria. Assim, optou-se por criar instrumento onde se requer a declaração da constitucionalidade da norma de maneira rápida e objetiva. Segundo Barroso, “trata-se de uma ratificação da presunção.” (2012a, p. 230)

A necessidade de prévia controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da norma é explicada pela presença do princípio da presunção de constitucionalidade das normas. Sendo a ADC destinada a por fim a todas as controvérsias existentes sobre determinada norma ou ato federal. (CUNHA JR, 2014)

A ADC, consoante Barroso (2012a), não encontra instituto similar no direito comparado, o que se pode explicar pela existência do princípio da presunção de constitucionalidade das normas.

Frisa-se que, apesar de somente em 1993 ter sido prevista a ação declaratória de constitucionalidade, parece ter essa ação, aos olhares de alguns, uma nova roupagem, para uma das facetas de instrumento já instituído. Sobre o assunto Mendes (2008, p. 1056) assevera que:

Embora a discussão sobre a ação declaratória de constitucionalidade seja mais ou menos recente no Brasil, a prática constitucional demonstra que,

⁴³ Streck sobre a lógica da criação da ação direta de constitucionalidade, baseada na natureza dúplice ou ambivalência da ADI assim leciona: “Repita-se, por derradeiro, a pergunta que não quer calar: se há uma ambivalência entre ambas as ações, e se uma é o reverso da outra, por que a necessidade da criação da ação declaratória? Se se permitir, aqui, um raciocínio lógico, pode-se dizer que, se de uma afirmação se pode tirar uma negação, é ela que é “ambivalente”; já duas coisas que, positiva e negativamente, chegam às mesmas conclusões, ou são desnecessárias ou são coisas diferentes; ou, de outro modo, e dizendo a mesma coisa, se uma proposição afirma algo de forma negativa, e, no seu reverso, a afirma positivamente, é porque é uma coisa só; não há necessidade, pois, de duas coisas que afirmem e neguem a mesma coisa. Se, entretanto, de fato há duas, uma não pode ser o reverso da outra, pela simples razão de que uma não é a outra... É “preciso” dizer mais? “(*in verbis*) (STRECK, 2002, p 608)

muitas vezes, a representação interventiva e sobretudo a representação de inconstitucionalidade foram utilizadas com o fito de afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma.

Essa utilização da representação de inconstitucionalidade com intuito de obter decisão que afirmasse a constitucionalidade da norma ou ato era negada pelo STF, porém o regimento do próprio STF previa que se o Procurador-Geral da República entendesse que a representação deveria ser julgada improcedente poderia encaminhá-la com parecer contrário (BARROSO, 2012a).

Dessa forma, pode-se afirmar que a representação direta de inconstitucionalidade teria caráter dúplice ou ambivalente. Agora resta expor as controvérsias sobre o possível caráter dúplice ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade, pois esta é a fundamentação para a própria criação da ADC.

O tema da ambivalência, ou caráter dúplice das ações diretas foi tratado por Mendes (2008), que, em sua obra, defende a sua existência, sendo um dos juristas que redigiram o trabalho que delimitou a criação da ADC. O autor, versando sobre a ação direta de inconstitucionalidade no âmbito da constituição de 1967 e os estudos sobre o tema à época, coloca que

Não se percebeu, igualmente, que, tal como concebida, a chamada representação de inconstitucionalidade tinha, em verdade, caráter dúplice ou natureza ambivalente, permitindo ao Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade. (MENDES, 2008, p. 1049)

A doutrina se divide sobre este assunto, Streck (2002) chega a afirmar que se há por certo a referida ambivalência não haveria necessidade de uma ação declaratória de constitucionalidade, levantando novamente a questão de que não há em qualquer outro ordenamento jurídico instituto semelhante.

Ainda, sobre a ambivalência das ações diretas e sua aplicação, Streck (2002) argumenta que há notadamente diferenças no plano hermenêutico da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, retirando-a do ordenamento pelo vício, da decisão que declara a constitucionalidade da norma, de maneira que a norma declarada constitucional naquele processo continua livre a vigor.

Assim, no primeiro caso, a norma torna-se inexistente, de modo que nada dela se mantém inserido no sistema normativo e, por óbvio, não produzirá efeitos no mundo jurídico, senão aquele decorrente de sua exclusão, caso em que não será ela

mesma a produzir efeitos, mas a sua ausência. Para o outro caso, a norma pode ser utilizada e interpretada, tendo plena eficácia.

Cabe colher, sobre o assunto, os comentários de Streck (2002, p 607):

Por isso, há que se ressaltar, que, quando o Tribunal rejeita a inconstitucionalidade, recusa um determinado sentido atribuído na ação pelo autor. É cediço que um texto normativo admite vários sentidos, que surgem em contextos diversos. Afastar esse sentido significa dizer, tão-somente, que a lei não é inconstitucional por aquele fundamento. Simples, pois! Contrariamente a isso, esse fundamento não pode abarcar, automaticamente, de forma vinculativa, enquanto decisão invertida, os demais sentidos que esse texto possui, até porque o texto normativo infraconstitucional pode ser confrontado com outros dispositivos da Constituição.

Para Streck (2002), além de desnecessária a ADC é inconstitucional, pois violaria o instituído no artigo 97 da CF/88⁴⁴, já que no referido artigo não há previsão de declaração pelos Tribunais de constitucionalidade de norma ou ato, somente de inconstitucionalidade.

Apesar de atualmente apresentar rol de legitimados ativos em igualdade da ADI, na ADC a legitimidade passiva é diferenciada. Na ADC não há legitimado passivo, nem mesmo o Advogado-Geral da União é notificado para prestar defesa a lei ou ato. A característica acima é decorrente da falta de impugnação na ADC (BARROSO, 2012a; CUNHA JR, 2014), onde se requer apenas a confirmação da norma.

Em consequência, a ADC seria, no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o instituto de menor debate e talvez o menos propenso a atingir um resultado satisfatório. Nela, a questão constitucional é quase que sumariamente julgada, vedando a construção de decisões por outros órgãos do Judiciário, o que poderia levar a uma melhor compreensão dos aspectos concretos da norma e de sua interpretação. Talvez seja mesmo um exemplo da submissão do Judiciário aos interesses do executivo e do legislativo, como aponta Cruz (2004).

Na verdade, a instituição e a prática da ADC é um exemplo da distorção do controle de constitucionalidade concentrado, com sua ampliação impedindo o exercício do controle de constitucionalidade pelos demais órgãos do Judiciário

⁴⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (BRASIL, 88)

diversos do STF, em detrimento de possíveis direitos fundamentais afetados, que agora não poderão ser tutelados via controle difuso.

Logo, defende-se que institutos como a ADC não são os mais aptos a promover o direito como integridade, como proposto por Dworkin (2007).

A Constituição Federal de 1988 trouxe, ainda, para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁴⁵

A inconstitucionalidade não é limitada por uma atitude comissiva, sendo tão graves os atos inconstitucionais praticados por comissão, quanto à omissão, quando se deixa de praticar uma determinação constitucional (CUNHA JR, 2014).

Barroso (2012^a, p. 231-232) explana que no histórico constitucional brasileiro houve diversos momentos em que se desconstruíam as normas e a realidade fática:

A marca da falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas afora, desde a promessa de igualdade de todos na lei, feita pela Carta Imperial de 1824 – a do regime escravocrata-, até a garantia a todos os trabalhadores do direito a colônia de férias e clínicas de repouso, constantes da Carta de 1969 – a do regime militar. Destituídas de normatividade, as Constituições desempenhavam o papel menor, mistificador, de proclamar o que não era verdade e de prometer o que não seria cumprido. Boa parte da responsabilidade por essa disfunção pode ser creditada à omissão dos Poderes Públicos em dar cumprimento às normas constitucionais.

Como exposto acima, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi inserida no sistema brasileiro apenas com a CF/88, segundo Cunha Jr (2014) por influência da constituição portuguesa de 1976⁴⁶, que criou ação semelhante para resolver, em caráter abstrato, as mazelas da falta de atuação do Poder Público, como em casos expostos acima. Porém, diante da pouca experiência nacional com o instituto, Mendes (2012) nos traz que ainda é de inexpressiva utilização.⁴⁷

⁴⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 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. (BRASIL, 88)

⁴⁶ Apesar de constar expressamente apenas na constituição portuguesa, como colocam Streck e Cunha Jr, Mendes pontua que, na Alemanha, é possível a adoção de medidas judiciais para sanar omissão parcial ou total do legislador.

⁴⁷ No obra o autor elucida que, até 2008 (ano da publicação), ainda não havia sido proposta nem uma centena sequer de ações dessa espécie.

Ainda Cunha Jr (2014, p. 195) assinala que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão consiste em instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, decorrência de um “direito fundamental à efetivação da constituição”. É, portanto, utilizada quando o Poder Público deveria agir para efetivar norma constitucional e não o faz de maneira indevida e inescusável, não cumprindo assim norma constitucional certa e determinada.

A omissão pode ser total ou parcial, posto que a ação estudada é meio de resguardar o ordenamento constitucional, tanto de lacuna, quanto para a situação em que a norma é insatisfatória. (BARROSO, 2012a)

Para a propositura da presente ação são legitimados os mesmos sujeitos da ADI e ADC, o que se deduz da simples leitura do Art. 103, I a IX, CF/88. Ao passo que a legitimidade passiva é do órgão legislativo ou das autoridades omissas que são responsáveis legais pela elaboração da medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. (CUNHA, 2014)

Streck (2002) por sua vez, leciona que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como o mandado de injunção foram celebrados e considerados de grande valia na tentativa de efetivação da Constituição. Contudo, afirma o autor sobre a ação em estudo:

Sua ineficácia deita raízes em razões semelhantes às que levaram à derrocada do mandado de injunção⁴⁹. De qualquer modo, isso não pode surpreender, porque ambos os institutos nascem sob o paradigma do constitucionalismo dirigente do pós-guerra, estando explicitados, formalmente, nas Constituições do Brasil e de Portugal. E, na medida em que a Constituição brasileira carrega um elevado grau de inefetividade, esta pode ser debitada também à inefetividade desses institutos.

Deve-se explanar, finalmente, sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), criada pela Constituição de 1988, sendo instrumento novo no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Cunha Jr (2014) e Tavares (2001) afirmam que não há qualquer instituto no histórico brasileiro que seja considerado precedente para a criação da ADPF, esta que foi prevista no parágrafo único do art. 102, da CF/88, e com alteração da EC nº 03/93, passou a figurar no § 1º, do art. 102, CF/88⁴⁹.

⁴⁹ Redação do art. 102, § 1º, CF/ 88: A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 2010)

Como se vislumbra na redação do dispositivo constitucional, há a expressão “na forma da lei.” (BRASIL, 2010) Assim, em razão da expressão exposta, o STF firmou entendimento de que a norma constitucional era de eficácia limitada, posto que faltava a regulamentação legal, prevista constitucionalmente (CUNHA JR, 2014; BARROSO, 2012a).

Barroso (2012a) assevera que a regulamentação se deu apenas em 1999, após o transcurso de onze anos, em que o instituto era previsto constitucionalmente e não tinha qualquer função, ante a falta da norma e o entendimento do STF de que a norma era necessária.

Regulada pela lei 9.882 de 1999 a ADPF tem “por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, 1999).

Cunha Jr (2014) expõe que a lei que regulou a ADPF possibilitou um controle de constitucionalidade concreto, já decorrente de um litígio e concentrado, posto que ajuizada diretamente no STF, criando uma brecha para que haja resolução da questão constitucional relevante, decorrentes de qualquer processo judicial concreto, sem que para tanto seja necessário exaurir todas as instâncias do Judiciário o que poderia levar vários anos.

Por este motivo, o instituto é criticado por Cruz (2004), que afirma que a exemplo da ADC a ADPF tem sido utilizada para “avocar” processos tolhendo a construção de argumentos sobre a constitucionalidade da norma pelas diversas instâncias e órgãos do Poder Judiciário.

A ADPF possibilita, ainda, o controle de constitucionalidade abstrato, e sempre concentrado, de normas federais, estaduais e municipais (MENDES, 2012). Inclusive as anteriores à constituição, que, segundo Cunha Jr (2014), por uma jurisprudência equivocada do STF não poderiam ser atacadas por via de ação direta de inconstitucionalidade, sendo somente possível o seu questionamento por meio de Recurso Extraordinário. Equivocado, ou não, o entendimento perdurou e notadamente a ADPF assumiu o encargo, sendo o meio adequado para o controle de constitucionalidade abstrato de normas anteriores à constituição. (CUNHA JR, 2014; MENDES, 2008)

A ADPF é tida como instrumento subsidiário, não sendo admitida caso haja algum outro meio eficaz de sanar a lesividade alegada, possuindo eficácia *erga omnes* (TAVARES, 2001).

Por outro lado, temos também o controle por via incidental, concreta por excelência. O comumente chamado controle difuso foi criado com a primeira constituição republicana brasileira de 1891, que inseriu no direito brasileiro o controle de constitucionalidade incidental através da jurisdição constitucional.

Como consta da obra de Rui Barbosa (1893), que é apontado por alguns autores como um dos responsáveis pela implementação da jurisdição constitucional no Brasil⁵⁰, a Constituição de 1891 permitia a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e também pelos tribunais locais, ao afirmar que caberia recurso das decisões dos tribunais locais que fossem no sentido de invalidade da lei federal, recurso de competência do Supremo Tribunal Federal.

Não havia naquele momento a ideia de efeitos para além das partes da decisão de inconstitucionalidade, seguindo a regra processual de efeito *inter partes* da decisão (BARBOSA, 1893), somente surgindo a possibilidade de efeitos erga omnes da decisão com a Constituição de 1934, porém através de intervenção do Senado. (CUNHA, 2007)

Cavalcante (1966) aponta, ainda, que houve um período de dúvida quanto à possibilidade de juízes, singularmente, declararem a inconstitucionalidade de normas, mas que ficou pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tal possibilidade, o qual a reconheceu pela primeira vez em acórdão datado de 1897.

A decisão de declaração de inconstitucionalidade, além da problemática da legitimação tratada anteriormente, impõe a necessidade de discussão acerca dos seus efeitos. Como visto anteriormente, nos países de *common law*, a aplicação do princípio do *stare decisis*, implica que uma decisão, mesmo que inserida e oriunda de um caso concreto, vincule os órgãos judiciários inferiores; efeito não existente nos sistemas jurídicos de *civil law*, estes baseados no modelo romano-germânico (CUNHA, 2007).

Assim, nos países de sistema fundado no modelo de *civil law*, ante a ausência do *stare decisis*, o exercício do controle difuso causaria (ou causa) a indesejável situação na qual uma determinada lei é aplicada por alguns juízes, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, causando insegurança jurídica.

⁵⁰ Ver a obra de Themistocles Brandão Cavalcante “Do controle de constitucionalidade”, de 1966, Ed. Forense, onde o autor aponta Rui Barbosa como provocador da necessidade de conformação à constituição e da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade.

Há, ainda, outro ponto importante: a multiplicidade de ações, já que mesmo a norma sendo considerada inconstitucional de forma reiterada, faz-se necessário o ajuizamento de nova demanda, para que produza efeitos em cada caso concreto (CUNHA, 2007).

Foi, como afirmado acima, na Constituição de 1934 que se criou a competência do Senado Federal para suspender a execução, da norma ou ato declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário⁵¹ no todo ou em parte, em caráter geral (CUNHA, 2014).

A Constituição de 1988 manteve o sistema difuso-incidental de controle de constitucionalidade, porém primou pela ampliação do sistema de controle concentrado, no qual as decisões independentemente de intervenção senatorial possuem eficácia *erga omnes*. (BRASIL, 2014a)

Contudo, quanto à inconstitucionalidade proferida em controle incidental se manteve a necessidade de intervenção do Senado para que o mesmo procedesse com a suspensão da eficácia da norma, mesmo que esta seja declarada inconstitucional pelo STF, guardião maior da constituição, disposição constante do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

O controle de constitucionalidade difuso se instaura, geralmente, por meio de defesa. Sendo contestada a constitucionalidade de determinada norma que é maléfica ao Réu da demanda.

Sobre o assunto, Didier (2007) afirma que, no curso de ação judicial, a defesa poderá pautar-se na inconstitucionalidade da norma que se quer aplicar ao caso concreto. Este controle de constitucionalidade é denominado difuso, pois pode ser decretado por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde os Juízes até o Pretório Excelso, contrapondo-se ao concentrado, que é de competência do STF, por determinação constitucional; e concreto, pois tem efeitos num determinado caso, diferenciando-se, mais uma vez, do controle abstrato, que gera efeitos para toda a sociedade, vinculando inclusive a administração pública.

Didier (2007) também destaca a característica de, a lide já existir no controle difuso ou incidental, sendo posterior à mesma a discussão sobre sua constitucionalidade e, conseqüentemente, eventual controle da constitucionalidade da

⁵¹ Cunha Jr explana que, apesar da expressão “Poder Judiciário”, o entendimento sobre o assunto era de que somente poderia ser suspensa a execução de norma ou ato se houvesse a manifestação do Supremo Tribunal Federal.

norma. Já no controle concentrado, o fundamento da ação é a inconstitucionalidade ou não da norma, sendo então examinada a constitucionalidade *a priori*.

Inobstante a grande maioria dos doutrinadores constitucionalistas adotarem a nomenclatura controle difuso, Nelson Oscar de Souza (2002) advoga o uso da denominação sistema de controle aberto, afirmando, ainda, que a prática do controle de constitucionalidade, explicitada neste tópico, quer seja aberto, quer seja difuso, deve ser reconhecida de ofício pelos magistrados, inclusive e principalmente, de primeiro grau. Ele ainda é veemente em afirmar que esta é uma função política do magistrado, ao qual não se deve eximir, pois, como intérprete e aplicador do direito, tem que deixar de aplicar norma que contrarie a lei fundamental, garantindo assim a eficácia e plenitude desta.

Como se disse, o controle incidental ocorre geralmente por via de defesa, nos moldes acima, mas vislumbra-se, ainda a possibilidade de ser utilizado também pela parte autora e de ocorrer de ofício.

Sob a ótica constitucional brasileira, onde o controle difuso geraria efeitos somente *inter partes*, certamente não faria sentido aceitar-se uma provocação para controle de constitucionalidade de forma difusa, se este for o pedido principal da ação, para o caso de não haver lesão ou grave ameaça a direito do autor pela norma possivelmente inconstitucional, uma vez que o provimento não iria aproveitar a ninguém, nem mesmo ao autor da ação, já que ele não teve qualquer direito violado pela norma e nem a outros porventura lesados, posto que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade daquela norma seriam apenas *inter partes*.

Nesses casos, resta ao cidadão provocar o juízo para que declare a inconstitucionalidade, porém, a exemplo de todos os casos de controle difuso, este pleito deve ser incidente, nunca, como exposto acima, o pedido principal.

Cunha Jr. (2014) explana sobre o assunto, confirmando que “a ação, portanto, não pode visar diretamente ao ato inconstitucional, limitando-se a se referir à inconstitucionalidade do ato apenas como fundamento ou causa de pedir, e não como o próprio pedido”.

Os legitimados para o controle difuso de constitucionalidade são todos os que podem suscitar a questão, ou seja, qualquer pessoa que tenha direito lesado, ou grave ameaça de lesão por norma inconstitucional. Há, também, legitimidade do

Ministério Público, como parte na relação processual, bem como quando atue como *custos legis* (BARROSO, 2012a).

Necessário ressaltar que a norma declarada inconstitucional é nula, devendo a decisão ter efeitos *ex tunc*. Como expõe Cunha Júnior (2014): “a declaração de inconstitucionalidade fulmina de nulidade o ato impugnado, e todas as relações jurídicas fundadas nesse ato, desde o seu nascedouro, serão desconstituídas. Quer dizer, a nulidade retroage à origem do ato; ataca-o *ex tunc*”.

Sobre o assunto, importante a lição de Barroso (2012a), que confirma a posição acima, no sentido de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é declaratória, portanto, apenas confirma sua invalidade, que é decorrente de vício preexistente. Não havendo possibilidade de norma nula gerar qualquer efeito válido.

O controle difuso gera, então, efeitos entre as partes, de forma *ex tunc*, sendo a decisão que reconhece a inconstitucionalidade declaratória, e a norma inconstitucional nula.

Para que haja a declaração de inconstitucionalidade por órgão colegiado deverá ser respeitada a regra da reserva de plenário, que determina a necessidade de julgamento pelo plenário ou órgão especial (quando existir), com maioria absoluta dos membros da respectiva corte conforme Art. 97, da CF/88⁵² (BRASIL, 2014a), regra que vincula também o Supremo Tribunal Federal, enquanto tribunal (BARROSO, 2012a), a despeito de um julgado de relatoria da Min. Ellen Gracie afirmar o contrário (BRASIL, 2014d).⁵³

O presente estudo tem por recorte a jurisdição constitucional através do recurso extraordinário, e neste intuito se demonstra a sua hipótese de cabimento e suas peculiaridades, sobretudo após a EC nº 45, que criou a repercussão geral, o qual, como expõe DANTAS (2009) se baseia no *writ of certiorari*.

O Recurso Extraordinário tem previsão constitucional, no art. 102, III, da CF/88 (BRASIL, 2014a)⁵⁴, constituindo-se no principal meio de conformação das

⁵² 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.

⁵³ (...) 4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal. (...) (RE 361829 ED, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010)

⁵⁴ III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a

normas infraconstitucionais à constituição, através do controle incidental (APPIO, 2011).

Referido instrumento é regulado pelo Código de Processo Civil de 1973, nos termos do Art. 496, que o elenca como recurso, e pelos Arts. 541 a 546, que regulam conjuntamente o recurso extraordinário e o recurso especial (este para o STJ) (BRASIL, 2014b).

Por outro lado, em 2015 foi aprovado novo Código de Processo Civil, que será aplicado a partir de 2016, mas será objeto de apreciação, em especial sobre suas mudanças.

Ademais, no Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/2015, a regulação do recurso extraordinário se dá pelo Art. 994 (antigo 496), e pelos Arts. 1029 a 1040 (similares aos artigos 541 a 546), estes que detalham os procedimentos dos recursos às cortes superiores de maneira mais clara e detalhada que o Código anterior. (BRASIL, 2015)

A repercussão geral foi criada pela EC nº 45, tendo sido inserida no art. 543-A do Código de Processo Civil pela Lei 11.418/2006 (BRASIL, 2014c), o qual dispõe que “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.” (BRASIL, 2014a).

O Art. 543-A determina ainda que “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, **que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.**” (BRASIL, 2014b) (grifou-se).

A repercussão geral levou ao recurso extraordinário uma característica de objetivação, uma vez que instituiu toda uma sistemática diferenciada no tratamento do recurso e nos efeitos deste julgamento, como se demonstrará. Além de determinar que o recurso deva ter matéria com relevância para além dos “interesses subjetivos da causa”, ou seja: a relevância do julgamento da matéria constitucional é que possibilita o cabimento do recurso, não a mera necessidade de resolução da causa específica.

inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Destaque-se que, mesmo anteriormente à repercussão geral, a decisão tomada pelo plenário do STF em sede de controle incidental já tinha o condão de possibilitar o acatamento pelos tribunais inferiores e em decisões subsequentes do próprio STF da inconstitucionalidade apontada, conforme autoriza o CPC no Art. 481, parágrafo único⁵⁵. Por esse motivo, fica evidente que a decisão de inconstitucionalidade não era tomada visando resolver apenas um caso, como poderia se pensar, mesmo anteriormente à repercussão geral (BRASIL, 2014b).

Portanto, se mesmo anteriormente à criação da repercussão geral, o julgamento da inconstitucionalidade tinha a intenção de atingir outros casos, restou a questão de saber se a repercussão geral iria trazer maior objetivação e outros efeitos ao recurso extraordinário. O Art. 543-A elenca em seus parágrafos regras processuais distintas, mas são regras que dispõem sobre a sistematização da análise da repercussão geral, sem menção sobre alteração no tratamento dado à decisão de inconstitucionalidade que só se dará em momento posterior.

O fato acima descrito leva a reflexão, a repercussão geral foi criada para dar maior eficácia ao controle incidental ou se foi criada apenas para ser filtro recursal? uma vez que o volume de recursos era crescente até a criação da mesma é alarmante quanto à impossibilidade física dos ministros de julgar aquele volume de recursos⁵⁶, assunto este que será abordado abaixo.

O número de recursos extraordinários chegou à astronômica cifra de 111.268 (cento e onze mil duzentos e sessenta e oito) processos novos no ano de 2006! Com queda expressiva, “em menos de três anos, o total de processos caiu de mais de 111 mil ao ano para cerca de ‘apenas’ 30 mil.”, sendo o número exato de processos no ano de 2009, 28.897 (vinte e oito mil oitocentos e noventa e sete) (FALCÃO, 2011), número ainda elevado.

⁵⁵ A art. 481, parágrafo único, autoriza ainda os tribunais inferiores a adotar este procedimento, quando o próprio tribunal declarar através do plenário ou órgão especial a inconstitucionalidade. Logo, até as decisões dos tribunais inferiores possui objetivação desde a criação desta possibilidade em 1998. A redação da norma: art. 481, Parágrafo único. 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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

⁵⁶ A FGV elaborou estudo denominado de “Supremo em números”, este demonstra a significativa redução de recursos extraordinários após a instituição da repercussão geral. E em trechos adjetiva a repercussão geral como dique de contenção recursal. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br>.

Cruz (2004) já apontava a tendência de vinculação das decisões ao analisar a Lei nº 9.756/98, apontando que a edição da Lei tinha a intenção de vincular os órgãos inferiores as decisões do STF.

A Emenda Constitucional nº 45, criou ainda a súmula vinculante, alterando a Constituição para inserir Art. 103-A., que possui a seguinte redação:

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. (BRASIL, 2014a).

Permanece em discussão quanto às possibilidades do controle incidental, principalmente quando exercido através de recurso extraordinário, no que tange aos efeitos da decisão, gerando, entre outras, as seguintes perguntas: Se a questão precisa conter a característica de repercussão geral, a decisão em si poderia ter seus efeitos transcendendo o processo em que proferida fora das hipóteses processuais demonstradas? O controle incidental terá de agora em diante a única função de possibilitar a criação de súmulas vinculantes?

Todos esses questionamentos pairam sobre os estudos de processo civil e de controle de constitucionalidade.

No entanto, o presente trabalho tem entre seus objetos analisar tese a respeito dessa nova conformação do recurso extraordinário, o da possibilidade de mutação do Art. 52, X, da CF/88.

3.3 A hermenêutica constitucional e a (tentativa de) mudança no controle difuso de constitucionalidade: o caso do Art. 52, X, da CF/88

Na realidade atual, sendo declarada a inconstitucionalidade de uma norma através de controle incidental, a atribuição de conferir eficácia geral às decisões do STF é realizada pelo Senado por meio de resolução. Cumpre esclarecer que o Senado não declara nenhuma inconstitucionalidade com base no art. 52, X, da CF/88⁵⁷, mas

⁵⁷ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

apenas determina a aplicação da decisão do STF *ultra partes* (CUNHA, 2014), por ser este último o verdadeiro julgador, fazendo o Senado um papel de comunicação, pelo que se discute se o papel deste é discricionário, se lhe é facultado a suspensão da norma ou se esta é imperativa, entre outros pontos, que serão tratados abaixo.

Como já abordado, para que a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso-incidental tenha efeitos para além do caso concreto, deve-se informar ao Senado, para que este proceda com a suspensão da norma, determinação disposta no Art. 52, X, CF/88.

Clèmerson Clève (2000) e Mendes (2012) entendem que a edição da resolução pelo Senado atribuiria eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, tornando a lei considerada inconstitucional afastada do ordenamento jurídico e portanto retirando todos os seus efeitos no mundo jurídico.⁵⁸

Em defesa da tese de que seria o caso de modificação da interpretação anterior, oriunda da realidade contemporânea, que será inserida na interpretação atual, Mendes (2004) afirma:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*.

Streck (2002) por sua vez apresenta entendimento diverso. Para o autor a atribuição de efeitos *ex tunc* seria um erro. Afirma que há diferença em suspender uma norma (que é o efeito da resolução do Senado), e retirar a sua eficácia (aí, sim, uma declaração de nulidade, a exemplo do modelo americano). Logo, a suspensão

⁵⁸ O decreto 2.346/1997 regula o efeito da decisão no âmbito da administração:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

da norma pelo Senado através de resolução possuiria efeitos apenas prospectivos, ou seja, *ex nunc*.

Neste ponto, entende-se que Streck (2002) apresenta a argumentação mais correta, a resolução do Senado apenas suspende, sendo menor em efeitos do que a decisão do controle concentrado que retira a norma do ordenamento.

A doutrina define a necessidade histórica de a suspensão ser feita pelo Senado, assente na ausência de previsão de vinculação das decisões do STF, seria então, como dito acima, necessária a intervenção do Senado, para conferir eficácia geral, ou *erga omnes*:

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse *força de lei* ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais Tribunais tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. A suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apta a superar essa incongruência, especialmente porque se emprestou a ela um sentido substantivo que talvez não devesse ter. (Mendes, 2004, p. 160)

O trecho, acima, demonstra que Gilmar Mendes integra a corrente que atesta ser a atribuição senatorial um dever, e não faculdade, entendimento apresentado também por Cunha JR (2014), Clémerson Cléve (2000), Zeno Veloso (2000), Manuel G. Ferreira Filho (2012).

Contudo, o STF entende esta atribuição como discricionária, sendo que o Senado somente deve fazê-la, gerando eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade proferida pelo STF quando por seu juízo de conveniência e oportunidade, julgar necessário. Dirley da Cunha Jr. (2014, p. 159), sobre o assunto, pauta que

A propósito do tema, entendemos, na esteira da opinião destes autores, que se cuida de uma competência vinculada do Senado, que tem o dever jurídico-constitucional de suspender a execução do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

[...]

Aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade.

A determinação em análise foi inserida pela primeira vez na Constituição de 1934 e manteve-se até os dias atuais, na medida em que foi incorporada pelas Constituições subsequentes.

Aqui, seria exemplo de manter-se a opção interpretativa histórica, apesar de incoerente, para, assim, mantermos a integridade do próprio direito, assim como, se espera, faria Hércules (DWORKIN, 2007).

Seu objetivo seria corrigir uma falha que ocorre na junção de um ordenamento baseado no modelo romano-germânico de *civil law*, onde não há o princípio do *stare decisis* com um sistema de controle de constitucionalidade difuso, baseado no modelo americano (BARACHO, 2006; CUNHA, 2007), falha que poderia causar a proliferação de ações judiciais inúmeras por todos quantos quisessem que a norma fosse declarada inconstitucional para determinada relação pessoal, bem como poderia gerar decisões conflitantes entre os órgãos do judiciário, em detrimento da segurança jurídica (CUNHA JR, 2014).

A ideia de integridade como proposta por Dworkin (2007) (apesar de não necessariamente influir numa dedução de que a decisão deve ser sempre concentrada no STF) não poderia certamente ser alcançada em uma situação fática onde não se respeita as decisões anteriores.

Dworkin (2007), assim como o faz Streck (2002), cobra uma coerência nas decisões, e que por vezes é entendido erroneamente como uma necessidade de criação de mecanismo de coerção. Apesar do entendimento de Derrida (2007), para o qual o direito é baseado e mantido pela força (*enforced*), e do reconhecimento por Müller (2013) de que o Estado possui por característica o monopólio do uso da força através do direito, não se entende que o único (ou o melhor) meio de se alcançar a estabilidade seja pela força.

Como argumenta Rawls (2010), precisamos de uma sociedade bem ordenada pelas razões certas. Logo, necessitamos de segurança, mas não ao despeito de manutenção de incongruências perenemente ou de injustiças.

Voltando à questão da mutação constitucional, salientamos que Mendes (2004) é um dos defensores da tese de que pode ser aplicada eficácia vinculante a qualquer decisão do STF, desde que este atribua tal efeito à decisão, fato esse que não importa em usurpação de atribuição do Senado. Para o mencionado autor, “a única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado

assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.” (MENDES, 2004, p. 155)

Mendes (2004) baseia-se na realidade constitucional brasileira em que o STF, em sede de controle abstrato, pode suspender a aplicação de uma norma, inclusive liminarmente, razão pela qual não caberia falarmos em utilizar a informação ao Senado para que este suspenda a norma.

Arrematando o sistema de controle de constitucionalidade, foi criada a súmula com efeito vinculante, a qual, como discorrido, pode ser criada de ofício pelo próprio STF.

Contudo, mesmo com esses avanços processuais, a discussão sobre a abrangência do controle de constitucionalidade incidental continua a existir, impulsionada pela criação da repercussão geral, que impõe que só serão julgadas as questões constitucionais de relevância jurídica atestada pelo próprio tribunal. Ou seja: talvez seja incongruente que, mesmo sendo a matéria de repercussão geral e tendo o STF se manifestado pela inconstitucionalidade, o efeito seja apenas o de resolver o caso *inter partes*, ou, como já demonstrado acima, possibilitar o afastamento da necessidade de nova reunião plenária para declaração da inconstitucionalidade.

Essa outra manifestação que vai fundamentar a desnecessidade de informação ao Senado para que proceda com a suspensão da norma é a possibilidade de a decisão do STF, em sede de controle difuso firmar entendimento para os Tribunais inferiores, mostrando-se desnecessária a observância pelos Tribunais inferiores da cláusula de reserva de plenária nestes casos, está disposta no art. 97, CF/88⁵⁹. Segundo Mendes (2004, p. 157),

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*.

⁵⁹ 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.

Nos moldes acima descritos, um tribunal de justiça estadual, por exemplo, mesmo tendo sido informado pelas partes da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF sobre a matéria que fundamenta o caso, poderá decidir afastar este entendimento e declarar constitucional lei já declarada inconstitucional pelo STF. Ou por outro lado, por decisão da turma ou câmara julgadora, poderá adotar o entendimento do STF e, para tanto, não teria de reunir o plenário ou órgão especial. A decisão se insere no âmbito de liberalidade do órgão julgador, o que afronta a necessidade de segurança jurídica.

Caso o órgão julgador opte por tomar decisão em divergência à proferida pelo STF, a parte perdedora no tribunal e que alega a inconstitucionalidade (já decidida pelo STF), terá de arcar com os ônus da demora processual. Explica-se que, neste caso, a parte terá de interpor recurso extraordinário, que não possui efeito suspensivo (Art. 542, § 2, do CPC), e portanto a decisão do tribunal passa a ter eficácia e pode ser cumprida⁶⁰ (BRASIL, 2014b). Ademais, somente após o julgamento pelo STF, com o trânsito em julgado, a parte poderia requerer o cumprimento da decisão da maneira que lhe foi favorável, situação que gera questionamentos quanto à possível lesão à isonomia, celeridade, entre outros princípios constitucionais.

Se, por um lado, não se deverão adotar medidas de celeridade que afastem a participação do afetados pelas decisões sobre controle de constitucionalidade (CHAI, 2007), por outro lado o direito como integridade impõe um tratamento mais isonômico.

A opção pela manutenção da regra do Art. 52, X, da CF/88, gera ainda outras dificuldades processuais. Segundo Gilmar Mendes (2004, p. 155-156), a necessidade de informação ao Senado para que suspenda a norma também encontraria óbices nos casos em que a STF decide por firmar uma interpretação para a norma, dentre as possíveis, ou uma interpretação conforme a constituição, ou uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, “nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.”, ou, ainda, quando o STF decidir modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que em regra deveria ser *ex tunc*. “Todas essas razões

⁶⁰ Apesar de ser possível medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, esta possibilidade é excepcional.

demonstram o novo significado do instituto de suspensão de execução pelo Senado, no contexto normativo da Constituição de 1988”.

A norma constitucional estudada, para que seja aplicada, deve ser interpretada. Segundo Bello (2003, p. 279) “interpretar é conhecer a realidade tal qual se apresenta ao observador e é também inserir no objeto elementos de natureza contemporânea”, afirmação correta, que encontra apoio em Müller (2013) e em Gadamer (1997).

Gadamer (1997) desnudou a realidade da interpretação, colocando a impossibilidade de compreensão sem a utilização de pré-compreensões (*dasein*), num círculo comunicativo que altera as compreensões e também as pré-compreensões.

Tendo em vista a realidade constitucional brasileira, como sustentado por vários doutrinadores é possível em controle de constitucionalidade abstrato, independentemente de intervenção do Senado, aplicar efeitos imediatos e contra todos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Mas por que não se aceita a eficácia geral da decisão proferida pelo mesmo órgão, que julgue uma lei ou ato inconstitucional? Pelo simples fato de ser declarada a inconstitucionalidade incidentalmente? (CUNHA Jr, 2014).

Clève (2000) apresenta análise relevante sobre os motivos da criação da fórmula da resolução senatorial, apresentando ponto diverso da comumente mencionada ausência da vinculação aos precedentes (este que certamente também influenciou). Contudo, é possível entender que naquele momento da Constituinte de 1934 já se poderia atribuir ao próprio STF a prerrogativa de determinar os efeitos *erga omnes* de suas decisões, mas não foi esta a opção. Clève expõe os motivos da sua criação em 1934, bem como contesta sua reprodução quase impensada (ou talvez intencional, mas ilógica) na Constituição de 1988:

Num momento (1934) em que se temia o “governo dos juizes”, em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procuravam harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia, é questionável a permanência da fórmula na Constituição 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também o concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item.

Assim, entende-se como o instituto era compreendido. Como Müller (2012) afirma na sua teoria estruturante do direito, não há como deixar de compreender o âmbito da norma, porém “os âmbitos normativos não são, assim, esferas da liberdade ‘natural’, nem devem ser utilizados como natureza das coisas desvinculada de normas, corregedora da norma ou simplesmente superpositiva”.

Na realidade jurídica do controle de constitucionalidade, como posto atualmente, a intervenção do Senado mostra-se desnecessária e ilógica, pelos poderes dados ao STF no controle de constitucionalidade na atual constituição “Uma decisão do Pleno do STF, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos” (BARROSO, 2012b, p. 111)

A recusa em aceitar a preposição acima se revela uma violação ao princípio da economia processual, pois iria, em caso de recusa do Senado, quanto a suspensão da lei ou ato inconstitucional, obrigar um dos legitimados do art. 103, da CF/88, a ajuizar ação visando a declaração de inconstitucionalidade da mesma norma, que já foi declarada inconstitucional pelo STF, apenas para que, feita a declaração por via direta, possa gerar efeitos *erga omnes*. O STF teria de julgar novamente, a mesma questão, em controle concentrado, para produzir uma decisão que se espera já seja conhecida (BARROSO, 2012a)

Por outro lado, cria-se o risco de a decisão, que se espera, não seja a que se alcance, com a modificação do entendimento do STF, circunstância que também não é a ideal. Uma vez que o STF deve manter a coerência de suas decisões, tal como propõe Dworkin (2007) para assim garantir o direito como integridade.

Ressalte-se que já houve época em que o STF entendia que a comunicação ao Senado para que o mesmo procedesse com a suspensão da execução da lei ou ato normativo inconstitucional era necessário até mesmo em sede de controle abstrato, o que foi superado. Agora, parte da doutrina defende que a comunicação, mesmo no controle difuso-incidental, serve apenas para a publicação da decisão pelo Senado, gerando a decisão proferida pelo STF eficácia *erga omnes*:

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, esta 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*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – *publicação a cargo do Chanceler Federal*, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,(2) *publicação a cargo do Ministro da Justiça*). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. (MENDES, 2004, p. 17)

Na tentativa de atribuir maior poder ao controle de constitucionalidade difuso, foram criadas a repercussão geral do RE com julgamento por amostragem, e a súmula vinculante, sendo fatores que, segundo Didier (2007), caracterizam uma “objetivação” do controle difuso, bem como recentemente, a tentativa de adotar a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88.⁶¹

A utilização das súmulas vinculantes⁶² e das técnicas de julgamento por amostragem quase legaram a discussão sobre a mutação constitucional e sua (im)possibilidade a um limbo jurídico, devido à grande demora em se chegar a uma decisão final em processo no qual a tese é discutida.

A tese da mutação constitucional surgiu em 2004, em artigo citado neste trabalho, e a relevância é que ela foi exposta por integrante do Supremo Tribunal Federal.

Assim como a história aponta Marshall como criador de poderes para sua própria utilização, ao fundamentar o *judicial review* (WOLFE, 1991), Mendes apresentou tese que levaria a uma extensão do poder do STF, que ele mesmo, junto de seus pares, iria exercer.

Voltando ao caso, antes de adentrar os argumentos, cabe esclarecer que o processo trata de uma reclamação ao STF, mecanismo de garantia previsto no Art.

⁶¹ A Súmula Vinculante foi criada pela Emenda Constitucional nº 45/2006, que incluiu na CF/88 o Art. 103-A, possibilitando ao STF criar Súmula com efeito vinculante e cumprimento obrigatório por todos os órgãos da justiça e da administração pública. A EC nº 45/2006 criou, ainda, a repercussão geral como requisito para a admissão do RE, incluindo o § 3º, no Art. 102, da CF/88. Esta que regulamentada pela Lei 11.418/2006 incluiu no CPC o art. 543-B, possibilitando ao STF, em caso de questões idênticas selecionar uma amostra, cujo julgamento valerá para os demais.

⁶² No caso da inconstitucionalidade da lei de crimes hediondos quando exclui a possibilidade de progressão de regime foi editada, em 16/12/2009, a SÚMULA VINCULANTE Nº 26, cuja redação é a seguinte: “PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA POR CRIME HEDIONDO, OU EQUIPARADO, O JUÍZO DA EXECUÇÃO OBSERVARÁ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, SEM PREJUÍZO DE AVALIAR SE O CONDENADO PREENCHE, OU NÃO, OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO BENEFÍCIO, PODENDO DETERMINAR, PARA TAL FIM, DE MODO FUNDAMENTADO, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO.”

102, da CF/88 e “destina-se (a) a preservar a competência do STF ou (b) a garantir a autoridade de suas decisões” (MENDES, 2007, p. 182). No tocante ao item “b”, a reclamação versa sobre o cumprimento de decisões tomadas em ações diretas de controle de constitucionalidade, súmula vinculante ou quando no controle difuso foi proferida decisão naquele processo.

No caso em apreço a Rcl nº 4.335-5/AC, conforme expõe Streck, Oliveira e Lima (2007) a questão é a seguinte: o STF declarou a inconstitucionalidade de norma que vedava a progressão de regime inserida na Lei de crimes hediondos, em sede de controle difuso. Em processo de execução penal no Acre foi decidido por um juiz de primeiro grau que a progressão era impossível por se tratar de crime hediondo, e os sujeitos interessados na progressão tomaram então a via da reclamação perante o STF. (Naquele momento ainda não havia ocorrida a edição da Súmula Vinculante nº 26, logo a princípio não haveria o direito à reclamação constitucional.)

Portanto, aquela decisão relativa à constitucionalidade da lei de crimes hediondos só tinha efeitos entre as partes, não haveria autoridade daquela decisão sobre o caso do Acre. Este é o ponto crucial, já que o relator Min. Gilmar Mendes e o Min. Eros Grau votaram pela procedência da reclamação (ainda em 2007), afirmando que a decisão tinha, sim, efeitos sobre o caso da Rcl 4335-5/AC, sendo cabível a reclamação e o argumento foi justamente o de que houve uma mutação constitucional.

Foram proferidos, ainda, mais dois votos no ano de 2007, Mins. Selpulveda Pertence e Joaquim Barbosa votaram pelo não conhecimento da reclamação com a concessão de *habeas corpus* de ofício, com a votação interrompida pelo pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowsky. Passados vários anos o processo voltou à pauta em 2013, com o voto-vista, seguindo a divergência não conhecendo da reclamação e concedendo *habeas corpus* de ofício, com votação interrompida por pedido de vista do Min. Teori Zavascki. (STF, 2013)

Atualmente há decisão colegiada julgando procedente a reclamação. Porém, como informado acima, foi editada súmula com efeitos vinculantes (sum. nº 26) sobre a mesma matéria, sendo este o fundamento utilizado pelo Min. Teoria Zavascki para julgar pela procedência, sendo acompanhado também pelo Min. Roberto Barroso.

Temos, então, que o STF deixou de reconhecer a possibilidade de mutação constitucional, pela sua atual formação, sendo o motivo da negativa da possibilidade de mutação a própria literalidade do dispositivo constitucional.⁶³

Tal dúvida se repete agora em relação a julgamentos dados em diversos recursos extraordinários de repercussão geral reconhecida pelo STF e que tiveram a declaração de inconstitucionalidade da norma. Seria o caso de os julgamentos dados em recursos extraordinários, uma vez que este recurso é o autêntico e maior ícone do controle de constitucionalidade incidental, terem também seus efeitos transcendidos ao processo no qual foi proferido ou sempre será necessária a participação do Senado ou a criação de súmula vinculante? Observe-se que, para a criação de súmula, o *quórum* é qualificado; enquanto para a declaração em controle direto, não. Permanece a questão, da lesão à isonomia e à celeridade, bem como à segurança jurídica. São estes os pontos colocados pelos defensores desta ampliação dos efeitos, ou seja, da mutação do sentido do art. 52, X, da CF/88.

Atualmente, regras do CPC de 2015 vão influir nestas questões colocadas acima. O CPC/15 em seu Art. 976 prevê a possibilidade de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, a serem julgados pelos tribunais, similar ao do CPC/73, com as mudanças de que se houver recurso por conta de questão constitucional, a repercussão geral é presumida e a decisão do STF sobre o caso ira vincular todo o Judiciário.

Streck, Oliveira e Lima (2007) pontua que se deve atentar para o fato de que a Constituição tem uma norma, Art. 52, X, da CF/88, que prevê a suspensão da norma pela intervenção do Senado, e que não ocorrendo a suspensão não há efeitos para além do processo. Defendem que não há efeitos *ultra partes* da decisão proferida em controle incidental, por ausência de previsão no texto constitucional.

O Min. Eros Grau reconheceu em seu voto que a decisão favorável à reclamação muda o texto constitucional em si. Por esse motivo, entende-se que do ponto de vista jurídico, os autores estão corretos: o STF deve resguardar a Constituição Federal, até mesmo normas que de algum modo não sejam muito

⁶³ Sobre o final do julgamento, o acórdão foi publicado em 22/10/2014, com a seguinte ementa: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.” (Rcl 5335/AC)

favoráveis a uma sistemática mais fluida da jurisdição constitucional. Porém, em face da postergação do julgamento por anos, a realidade fática mudou e foi editada a súmula, sendo agora discutido a possibilidade de procedência de reclamação com fundamento em súmula ainda não editada.

Na Reclamação não há mera interpretação constitucional, há tentativa de alteração da norma como historicamente construída. O que certamente é uma decisão fora da moldura, que neste caso seria estreita, se utilizar o pensamento de Kelsen. Mas processualmente, defende-se que a decisão deve levar em consideração a realidade fática atual (edição da súmula).

Streck, Oliveira e Lima (2007) e Martins (2007) criticaram a tese ventilada da mutação, consistente na possibilidade de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. A crítica exposta deve ser reconhecida como válida, sob dois aspectos. O primeiro refere-se à discrepância gerada pela situação de que se aceita efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para decisão tomada em sede de controle difuso por maioria simples e se cria um instrumento como a súmula vinculante que teria quase que a mesma finalidade e necessita de *quórum* de 2/3 para aprovação.⁶⁴

Diante dessa situação, qual seria a necessidade de um instrumento como a súmula vinculante, se o STF poderia tornar vinculante decisão tomada em sede de controle difuso? Por lógica, realmente não faria sentido, porém nada impediria sob este ponto, a aplicação do entendimento firmado por MENDES (2008). Até porque também não é lógico que uma decisão do plenário, que julgue inconstitucional em sede de controle difuso, tenha menor importância que a tomada em sede de controle concentrado.

O segundo ponto colocado pelos autores Streck, Oliveira e Lima (2007) diz respeito ao grau de legitimidade da Corte Constitucional, no caso o STF, no exercício do controle de constitucionalidade, assim não se nega a legitimidade, mas se deseja aferir uma gradação desta legitimidade.

Cabe aqui rememorar, para mera comparação, como se iniciou a jurisdição constitucional nos EUA, onde não havia previsão na Constituição de um controle de constitucionalidade e este foi “criado” pela jurisprudência constitucional. No caso em

⁶⁴ Sobre a súmula vinculante e os fundamentos teóricos para sua criação e tratamento, ver o estudo do Prof. Antonio Moreira Maués, publicado pela Revista DIREITO FGV. Disponível em: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/09_rev16_587-624_-_antonio_moreira_maués.pdf.

comento, diferentemente, a Constituição não foi omissa: há norma constitucional sobre a matéria, esta que tem uma redação até clara, e anos de prática constitucional neste sentido, de conservação da necessidade de resolução pelo Senado.

Para garantir o direito como integridade, a resolução do Senado ainda deve ser tida como necessária para a ampliação dos efeitos da decisão.

Também neste sentido, PUCCINELLI JÚNIOR (2012) defende a manutenção da sistemática atual, ou seja, nega a possibilidade de mutação constitucional da regra do art. 52, X, da CF/88:

É bem verdade que o quórum de aprovação da súmula vinculante (2/3 dos membros do STF) é mais rigoroso do que o exigido para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (maioria absoluta). Isso, porém, não legitima o esvaziamento do papel do Senado no controle difuso, que, a nosso ver, desempenha uma competência em nada contrária, mas supletiva ou complementar daquela exercida abstratamente pelo STF, visando conferir maior segurança aos jurisdicionados com a edição de resolução suspensiva e pacificadora de conflitos de massa.

Desse modo, em que pese a excelente argumentação dos defensores da mutação constitucional, neste caso, não se discute a possibilidade de o tribunal modificar a Constituição por uma construção lógica, mas por mutação da norma constitucional, nas palavras de Streck, Oliveira e Lima (2007, p. 1): “substituição de um texto por outro.”

No caso, não haveria apenas modificação da norma através da utilização de elementos contemporâneos, não é hipótese de utilização de método concretista de interpretação, nem é caso de respeito à integridade, através da força normativa de princípios, circunstâncias que impossibilitam a utilização desta mutação constitucional.

Importa, contudo, tecer considerações no sentido de que no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, quando proferida decisão de inconstitucionalidade em sede de controle incidental, mesmo que através de recurso extraordinário, parte-se do pressuposto de que a decisão é de relevância nacional, porém a mesma não terá eficácia *erga omnes*, podendo ser utilizada a suspensão por intervenção do Senado, ou instrumento internos, como a súmula vinculante. Bem como com o advento do CPC/15, a decisão terá efeitos mais amplos em determinados casos.

A redação da Constituição de 1988, no Art. 52, X, é bastante clara, e nos moldes expostos por Kelsen possuiria uma moldura, e esta seria restrita,

impossibilitando a conclusão de uma mutação constitucional, por inadequação desta interpretação ao próprio texto. Müller (2012), ao reconhecer a modificação da norma, mesmo com a manutenção do texto, nos casos em que o âmbito da norma for alterado, supera a interpretação de Kelsen, mas como aquele expõe, não chega a romper com a mesma. O âmbito é analisado partindo do programa, neste caso uma redação bastante clara.

Exemplo similar ao que Dworkin (2006, p. 12) defende como a interpretação correta da Terceira Emenda⁶⁵, ao afirmar que a criação do texto pode ter tido o interesse de proteger a privacidade dos cidadãos, como a redação é muito clara para permitir que se extraia dele um princípio geral de proteção à privacidade. Para o autor a norma é clara e sua interpretação é “que os soldados não devem ser aquartelados em residências em tempos de paz”.

Ademais, Amaral Jr (2014) informa que o instituto da resolução pelo Senado está em plena utilização, demonstrando que enquanto as normas relativas ao instituto permanecerem como estão, a resolução ainda é necessária, e que vem sendo utilizada.

Segundo, ainda com, Amaral Jr (2014), entre 2007 de 2014 foram editadas 29 Resoluções Senatoriais visando suspender normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo. Cabendo a afirmação de que o instituto é utilizado, talvez não em um nível desejável, uma vez que, em 2013, foi editada apenas uma resolução e, em 2014, não se tem notícia de nenhuma resolução editada com esta finalidade (contra 15 resoluções editadas em 2007, e a redução talvez seja causada pela utilização da súmula vinculante).

Para Amaral Jr (2014), o resultado do julgamento da Rcl. 4335-5/AC, sem êxito quanto à tese da mutação constitucional, levará à uma revalorização teórica e prática do instituto da resolução senatorial, beneficiando a cadeia protetiva de inconstitucionalidades.

⁶⁵ A redação da Terceira Emenda é a que segue: “Nenhum soldado poderá, em tempo de paz, instalar-se em um imóvel sem autorização do proprietário, nem em tempo de guerra, senão na forma a ser prescrita em lei.”

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE CONSTITUCIONAL E AS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL

O Supremo Tribunal Federal é órgão do Poder Judiciário, situado no ápice do mesmo, cabendo ao mesmo a guarda da constituição, bem como processar e julgar as ações diretas de controle de constitucionalidade, entre outras atribuições, algumas originárias, outras recursais, previstas no art. 102, CF/88 (BRASIL, 2010).

O STF é formado por 11 (onze) Ministros, nos termos da Constituição de 1988, “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (BRASIL, 2010). Os Ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha do Presidente por maioria do Senado.

Rocha (2009) aponta que os Ministros são escolhidos e nomeados pelo Presidente para exercer de forma vitalícia esta função, criticando que o papel do Senado de aprovar a escolha do presidente foi relegado a mera burocracia.

A forma como são escolhidos os membros do tribunal gera controvérsias. Barroso (2012a) expõe que o argumento utilizado para tanto é o de que não deveria ser atribuída competência para órgãos compostos por agentes públicos não eleitos de invalidar os atos dos agentes públicos eleitos, por ser o princípio democrático o fundamento do ordenamento.

Contudo, a legitimidade dos membros das Cortes Supremas foi tratado no primeiro capítulo, onde se chegou à conclusão de que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário não é o único meio de garantir os direitos fundamentais, contudo apresente a vantagem de ser regido por argumentos de princípio, em detrimento a menor influência de argumentos de política, o que favorece à preservação deste direitos e assim possibilita uma democracia coparticipativa ou constitucional.

Sobre o assunto, serão efetuadas muitas considerações, a princípio e, novamente com amparo na doutrina de Dworkin (2007), afirma-se que a constituição é norma superior a todas as outras, por ser expressão máxima da soberania popular e cristalização de princípios de justiça, subordinando inclusive os legisladores e as maiorias eventuais.

Essa ideia é amparada pelo constitucionalismo americano e, de certa forma, explicada por Kelsen (2003), contudo em outro enfoque, sob o prisma da já referida hierarquização das normas. Para o autor, o legislativo carece de entendimento acerca da sua subordinação à constituição, por se achar um criador do direito de forma livre, desconsiderando assim que a legislação ordinária que ele ~~cria~~ institui é concretização do direito constitucional, sendo criação do direito para o grau inferior, aspectos da teoria dos degraus já mencionada.

Kelsen (2003), diante dessa situação, assevera que não se pode contar com o próprio legislativo para que este aceite e efetue suas atribuições em concordância com a constituição. O mesmo autor continua, dizendo que a solução é a criação de uma jurisdição constitucional a ser exercida por um tribunal constitucional, independente e encarregado de averiguar a constitucionalidade dos atos e normas estatais.

Bonavides (2004) chega a afirmar que a relevância do controle de constitucionalidade cresce por este ser uma premissa da democracia, assinalando que, por regra, a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica. E aqui, faz-se a ressalva de que a concordância é a quanto a necessidade do controle de constitucionalidade para garantir a democracia, contudo, mesmo a jurisdição constitucional deve se pautar por argumentos e princípios jurídicos, mesmo que quando se trabalha com matéria constitucional a semelhança seja muito maior, o que se entende que era a mensagem do autor.

Ramos (2001) é outro autor para o qual a existência de um controle de constitucionalidade judicial é opção, e não pressuposto para a limitação do poder, do resguardo dos direitos fundamentais e da democracia, sendo a Inglaterra exemplo desta realidade.

Contudo, a realidade positiva na Inglaterra em benefício dos direitos fundamentais certamente se explica pelo estudo do histórico daquela nação, o que não é objeto do presente trabalho acadêmico.

A efetivação e o cumprimento da Constituição é responsabilidade de todos, em especial a todos os âmbitos de poder estatal. Contudo, notadamente, se tem como regra o controle de constitucionalidade a cargo do judiciário, como ocorre nos modelos que influenciaram o brasileiro.

Bonavides (2004) explana acerca do papel da constituição no paradigma constitucionalista atual, afirmando que:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o espaço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.

No Brasil entre as atribuições do STF estão presentes diversas hipóteses em que ele atua como órgão jurisdicional ordinário, outras em que ele atua notadamente como corte constitucional, o guardião da Constituição Federal e dos valores constitucionais acima.

Assim, diante de diversas atribuições uma delas é a de guarda da Constituição, como imaginado por Kelsen, reconhecidamente a mais importante e exercida pelo controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado.

Outrossim, a decisão político-histórica brasileira de manter atribuições outras que não a de guardar a constituição, bem como de se manter o STF no corpo do Poder Judiciário, este que detém o *status* de Corte Constitucional levantam dúvidas sobre a possibilidade do STF realmente exercer seu papel principal.

O STF, como corte constitucional, tem o papel de guardar a Constituição brasileira, a decisão de alçar o STF a corte constitucional é legítima, mas continua discutível sob o ponto de vista político e jurídico. Sua eficácia na garantia da concretude da Constituição não é garantida (KELSEN, 2003); a concretude da Constituição é o seu objetivo.

Kelsen (2003, p. 248), em sua obra, já discutia a (i)relevância da localização institucional da corte constitucional, asseverando que:

De todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o se tal órgão seria um tribunal e sua função verdadeiramente jurisdicional.

A discussão, como se demonstrou, decorre da crítica da legitimidade, neste ponto devidamente superada. Contudo, retorna-se ao ponto dos limites do controle difuso e de sua importância, inobstante o crescimento do controle concentrado e das modificações do controle difuso.

Está previsto constitucionalmente que o STF, apesar de integrar o Judiciário, tem o dever de guardar a Constituição, não sendo apenas esta situação

apta a deslegitimar sua competência prevista constitucionalmente, Art. 102, CF/88: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 2014).

Nesse exercício de concretizar a Constituição, garantido a guarda e aplicação da mesma, surgiu o controle difuso, como exposto acima, decorrente da influência americana, o que pode ser explicado também por ser à época, 1891, talvez o único meio de controle de constitucionalidade judicial institucionalmente conhecido.

Notadamente, após 1920, com a criação da corte constitucional na Áustria, poder-se-ia afirmar que, por influência americana, manteve-se o controle difuso na Constituição de 1934, mas esta mesma Constituição previu a representação interventiva, precursora do controle concentrado.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é difuso, como regra, até 1965, onde emenda à Constituição de 1946 criou a representação interventiva genérica, para que se pudesse atacar diretamente a lei inconstitucional, de modo concentrado e abstrato.

Ramos (2001) afirma que as ações diretas, baseadas no modelo de controle de constitucionalidade europeu, onde um tribunal concentra o poder de exercer tal ofício, pela sua própria lógica, sugerem uma maior garantia de segurança jurídica, tomando por pressuposto o julgamento mais célere do procedimento no qual se ataca determinada lei ou ato, efetuada dentro de um processo objetivo.

Com a Constituição de 1988, sobreveio a sistemática de controle de constitucionalidade tratada acima, cabendo afirmar que o sistema, que era preponderantemente difuso, agora passou a enfatizar o controle concentrado. Segundo Camarão (2007, p. 158):

Porquanto a filosofia que cerca este tipo de controle aponta para as ideias de separação dos poderes, segurança jurídica, celeridade e apego a necessidade de se construir imediatamente uma sociedade garantidora dos direitos humanos fundamentais – objetivos evidentes da mais democrática constituição de nosso país, a de 1988.

Entretanto, cabe afirmar que o modelo americano de controle não pôde ser melhor utilizado ante a falta do princípio do *stare decisis* no nosso ordenamento, já que baseado no modelo de *civil law*. Para resolver esse problema, a Constituição de 1934 instituiu a previsão de o Senado atribuir eficácia geral à decisão do STF proferida em controle difuso, dispositivo previsto na Constituição de 1988, no art. 52, X, sobre

o qual já se discorreu, quando se discorreu também sobre a possibilidade de mutação constitucional do dispositivo.

Berman (2009) esclarece que a inovação trazida pela Constituição de 1934 (de possibilitar ao Senado Federal a suspensão da norma) foi um fracasso para o objetivo de atribuir maior eficácia as decisões de inconstitucionalidade do STF, já que muitas vezes aquele órgão não tinha interesse em suspender a execução da norma, passando o controle abstrato a ser visto como a solução para os problemas estruturais do STF, o que talvez seja um segundo motivo para a maior ênfase no sistema de controle concentrado.

Acerca da problemática brasileira, em comparação aos modelos de controle de constitucionalidade que nos influenciaram o Brasil, Berman (2009) expõe que:

Em países como os Estados Unidos, onde o precedente vincula a todos os tribunais e órgãos da administração pública, e a Alemanha, onde o controle de constitucionalidade é sempre concentrado em um único órgão, as decisões da Suprema Corte e do Tribunal Constitucional, respectivamente – mesmo aquelas proferidas no controle de constitucionalidade concreto de normas –, têm eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, afetando, assim, a todos os cidadãos e órgãos governamentais daqueles países (BERMAN, 2009, p. 100)

Porém, ainda com a adoção do controle concentrado e abstrato, onde se atribuiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante não se conseguiu amenizar a crise causada pelo enorme volume de ações no STF (BERMAN, 2009).

Berman (2009) e Cunha (2007) apontam que o próprio STF criou, em sua jurisprudência, a impossibilidade de atacar legislação anterior à constituição com ADI. Segundo Berman (2009), o STF pensava ser essa uma forma de evitar o acúmulo de ações diretas atacando a legislação anterior. Contudo, o efeito imprevisto foi que inúmeras ações referentes a casos concretos e por meio do controle difuso chegaram à Corte.

Como tentativa de amenizar a situação foi criada a Lei 9.882/99, esta que possibilitaria a utilização da ADPF, esta que previa de forma expressa a possibilidade de sua utilização para atacar legislação anterior à constituição (BERMAN, 2009; MENDES, 2008).

Como guardião da Constituição, o STF deve antever esta finalidade em qualquer ato ou decisão que venha a proferir. Mas, notadamente os meios de maior

possibilidade de alcançar esta finalidade são as Ações Diretas e o Recurso Extraordinário.

Com a ressalva de que o recurso extraordinário possui a vantagem de permitir a ampla discussão da questão constitucional por todo o Judiciário, possibilitando uma melhor compreensão sobre os atingidos pela questão, sobre seus efeitos e sobre os argumentos que influem no seu julgamento.

O Recurso Extraordinário é cabível nos casos previstos no Art. 102, III, da CF/88⁶⁶, entre quatro hipóteses de cabimento se vislumbra que apenas a quarta não diz respeito ao controle de constitucionalidade. (BRASIL, 2010) Desse modo, o recurso extraordinário é visto como preponderantemente instrumento de controle de constitucionalidade, sendo o meio de uniformizar o controle de constitucionalidade exercido nos moldes do sistema difuso.

Porém, com o efeito do Recurso Extraordinário, operando apenas entre as partes, ele não atinge o objetivo acima em completude, sendo necessária a intervenção do Senado para que este proceda com a suspensão da norma.

Diante dessa situação, retorna-se ao assunto da suspensão da norma pelo Senado. Não raras vezes, o Senado entendia por bem não suspender a norma. Assim, a norma era declarada inconstitucional pelo STF, órgão máximo do Judiciário, guardião da Constituição, legitimado para proceder ~~em~~ o controle concentrado de constitucionalidade, porém por ser declarada a inconstitucionalidade da norma em sede de controle concreto e difuso, a decisão não teria valor maior que resolver o litígio subjetivo.

Essas peculiaridades do sistema brasileiro não demoraram a provocar um crescimento no número de ações no STF, já que era necessário que este julgasse cada caso concreto, mesmo que para proferir idêntica decisão.

Dantas (2009) pontua que a crise do Recurso Extraordinário, causada por seu crescente volume, já era ventilada desde 1920; considerando-se que o mesmo foi instituído em 1890, pode-se perceber que, em trinta anos de existência o volume de utilização do mesmo já causava prejuízo ao funcionamento do STF.

⁶⁶ Redação do Art. 102, III: julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Outra possível explicação para o volume de utilização do RE, conforme Dantas (2009), reside na peculiaridade do sistema federativo brasileiro, que causou uma distinção do sistema americano, tido como modelo.

Nos EUA, os Estados possuem competência para legislar sobre inúmeras matérias, por consequência deste fato, há mais litígios que versam sobre direito estadual. Deste modo, há menos recursos para as cortes federais, por restrição quanto a matéria, já que a Suprema Corte não aprecia questões violação de direito estadual (DANTAS, 2009).

Seja lembrado que, no Brasil, com um federalismo mais restrito, onde compete à União legislar sobre as matérias mais usuais e corriqueiras de Direito, sendo a competência legislativa dos Estados bastante restrita, o que ocasiona que os litígios são em regra baseados em direito federal, cabendo na época ao STF julgar a matéria (DANTAS, 2009)

Contudo, mesmo nos EUA, onde há o princípio do *stare decisis*, e como colocou Dantas (2009), os Estados-membros têm maior autonomia legislativa, ainda houve uma época em que a Suprema Corte estava sobrecarregada. Em decorrência deste fato, foram criados ainda em 1925 a Lei dos Juízes (*judge's Bill*), que reduziu a jurisdição recursal obrigatória, e, na década de 1970, a Lei de escolha de casos da Suprema Corte (Supreme Court Case Selection Act), que na prática eliminou a jurisdição recursal obrigatória (DANTAS, 2009).

A Suprema Corte americana utiliza a denominada “regra dos quatro” para selecionar os casos que serão julgados. Como é composta por nove membros, percebe-se que é uma regra que resguarda a minoria. Havendo, ainda, a ressalva quanto a matéria a ser julgada, já que a Corte pode optar por julgar apenas a questão que entender relevante no problema prático, assim se amplia ainda mais o controle discricionário da Corte.

Dantas (2009) expõe, ainda, que este fenômeno de sobrecarga nos tribunais é um fenômeno mundial. Assim, cabe trazer também a experiência alemã, onde há o recurso de revisão para a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*). O instituto reformado em 2001, atualmente se reduziram a dois os casos em que a corte aprecia a matéria, quando o tribunal inferior confere licença ao recurso de revisão, situação em que a Corte ficará vinculada à decisão, devendo julgar a lide, ou quando

a própria Corte manifesta juízo positivo em recurso de queixa por revisão negada pelo tribunal inferior.

Para que de uma das duas formas seja concedida a licença, há de se averiguar se a questão jurídica é dotada de significação fundamental ou quando for necessário para uniformizar a jurisprudência (DANTAS, 2009)

Notadamente não cabe mais ao STF julgar a matéria sobre aplicação de legislação infraconstitucional, tarefa transferida ao STJ com a CF/88, porém este ainda mantém competência para julgar excessivas matérias.

Na tentativa de amenizar a crise da sobrecarga do STF foram criados dois institutos através de Emenda à Constituição, que modificaram o sistema de controle de constitucionalidade difuso, quais sejam, a súmula com efeito vinculante e a repercussão geral, ambos criados na EC de nº 45/2004, denominada de reforma do Poder Judiciário. E o CPC/15 também vai promover alterações no regramento do controle difuso.

A súmula vinculante, já abordada anteriormente, é definida por Rocha (2009, p. 11) como “ato do STF, ou seja: sua manifestação de vontade ou tomada de posição sobre controvérsia a respeito de validade, interpretação e eficácia de normas determinadas”. Está disposta no Art. 103-A, da CF/88 e é regulada pela Lei 11.417/2006.

A repercussão geral, segundo Berman (2009), é inspirada no *writ of certiorari* americano, tendo sido instituída no Art. 102, § 3º, da CF/88, e regulada pela Lei 11.418/2006, definindo-a Dantas (2009, p. 247/248) como:

Pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade

A repercussão geral e a súmula vinculante são alvos de constantes críticas, as quais se voltam inclusive sobre a constitucionalidade de tais institutos.

4.1 Análise crítica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e as possibilidades do controle difuso

Os apontamentos expostos acerca dos modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado possibilitam entender como surgiu cada modelo, os quais foram transplantados dos sistemas adotados em outras nações.

Assim, considerando-se a partir dos aspectos históricos que ensejaram o surgimento dos modelos de controle de constitucionalidade em determinados Estados, compreende-se o funcionamento inicial, para após se considerar a suas práticas atuais.

Essa análise dá-se pela simples razão de que a irradiação da influência dos sistemas abordados acima não se deu apenas historicamente, ou melhor, numa história remota. A influência dos sistemas estrangeiros, importados como modelo, é percebida desde a criação do controle de constitucionalidade brasileiro até as práticas atuais da jurisdição constitucional do país, já que a influência não se baseia apenas na concepção do modelo adotado, mas também de institutos, como os estudados mais detalhadamente.

Desse modo, a análise dos modelos, bem como dos institutos afetos à jurisdição constitucional no direito estrangeiro, possibilitam uma compreensão de como surgiu o controle de constitucionalidade brasileiro, sua sistemática, e dos institutos criados que podem encontrar parâmetro de comparação em outros sistemas.

O estudo realizado até aqui enseja a melhor compreensão do conjunto do sistema brasileiro de constitucionalidade, em suas perspectivas atuais, notadamente de como esta dualidade de modelos, com sua pluralidade de institutos, dentro desse sistema, afetou a justiça constitucional brasileira.

Nesse passo, observa-se que o ponto de maior relevância para a presente pesquisa é a perspectiva do controle difuso no contexto atual do sistema de constitucionalidade brasileiro, especialmente se este se mantém, e sua relevância, tendo em vista as peculiaridades do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a crescente utilização e ampliação do controle de constitucionalidade concentrado.

Ao analisar-se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, foi encontrado um sistema de controle de constitucionalidade dos mais complexos, dotado de uma dualidade de procedimentos, difuso e concentrado, plasmado numa Constituição analítica com mais de duzentos artigos, que regula algumas matérias de menor importância, ao mesmo tempo em que atribui diversas competências ao STF, que figura como guardião da constituição e suprema corte.

As críticas expostas a esse sistema são decorrentes de construções lógicas e jurídicas, começando por delimitar qual é a lógica da criação de um sistema de controle de constitucionalidade, que certamente é evitar e também afastar possíveis inconstitucionalidades das normas, e assim também proteger os direitos fundamentais.

Diferentemente do que defende Ely (2010), de uma concepção de controle voltado apenas para o procedimento, que é insuficiente, como explorado no capítulo primeiro, devem-se adotar instrumentos aptos a salvaguardar o direito como integridade, garantindo os direitos fundamentais, utilizando para isso as regras e princípios aplicáveis.

A opção por adotar, em alguns momentos, uma crítica sob a perspectiva da lógica é providencial, já que por este ponto de vista a argumentação não pode ser baseada em fatos (ROCHA, 2009), sem que isso acarrete a não discussão sob o ponto de vista das perspectivas jurídicas atuais.

Alguns dos pontos mencionados podem ser estudados sob a ótica do direito comparado, assim como foi ressaltado e feito no restante do trabalho, notadamente os EUA e a Alemanha. O primeiro por ser o criador do controle de constitucionalidade difuso e talvez único a utilizá-lo com sucesso (MENDES, 2008; BARACHO, 2006) e o segundo por representar atualmente um exemplo de sucesso no controle de constitucionalidade concentrado, já que, conforme Martins (2007), em 50 décadas no exercício de suas funções obteve êxito na concretização da Constituição Alemã.

Contudo, este possível êxito advém de uma concepção de controle concentrado diferente da que se instalou no Brasil.

Chai (2007) demonstra a necessidade de reconhecimento dos afetados e da necessidade de garantia de participação na decisão, portanto não há que se falar que eventual êxito se baseia na concentração.

Cruz (2004) e Bahia (2012), inclusive, consideram os instrumentos de concentração do controle como retrocessos ao nosso sistema, posto que criado de maneira bastante participativa. Daí tentou-se garantir maior participação com a adoção do *amicus curiae*, promulgada a lei possibilitando o STF criou entendimento de que a representação era restrita às pessoas jurídicas. A tentativa de abertura, veio com uma subsequente restrição.

No Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) o *amicus curiae* na repercussão geral terá um tratamento diferenciado, permitindo através do Art. 1.035, § 4º, a manifestação de terceiros de forma ampla, incluindo pessoas físicas, o que era vedado pelo STF, através de interpretação do CPC/1973 (BAHIA, 2012)

Antes de falar sobre o CPC/15, cabe informar que ainda sob a vigência do CPC de 1973, já era permitido a participação de terceiros, como *amicus curiae*, ao exemplo do RE 592.891/SP.

Na decisão a relatora expõe que a repercussão geral reconhecida importava para terceiros afetados, não só as partes, e que por entender ser caso similar aos julgamentos de ações concentradas de controle de constitucionalidade, deveriam também ter sua participação ampliada pelo instituto do *amicus curiae*:

Ante o exposto, defiro, com fundamento no art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999, o pedido do Estado do Amazonas e da Aficam para que intervenham no feito na condição de amici curiae, podendo apresentar memoriais e, inclusive, proferir sustentação oral.

No corpo da decisão, a Relatora fundamenta sua decisão no Art. 7º, § 2, da Lei 9.868/1999, decisão proferida em 2012. Deste modo, Alexandre Bahia (2012), apesar de reconhecer a correção de parte da argumentação da relatora, apontou para uma questão importante. Desde 2006, através da Lei nº 11.418, é expressamente previsto a possibilidade de *amicus curiae* na análise da repercussão geral, conforme Art. 543-A, § 6º, do CPC/1973. Portanto, mostrou-se desnecessária a construção da argumentação da analogia, já reconhecida pelo legislador.

Por outro lado, retornado ao CPC/15, cabe analisar a modificação promovida, no qual se manteve a possibilidade de ingresso de *amicus curiae*, com a mencionada ampliação para determinar a possibilidade de manifestação de pessoas físicas e jurídicas.

No CPC/15 três dispositivos merecem maior atenção sobre o assunto, arts. 138, 983 e 1035, § 4º. Antes de explicitar o posicionamento sobre as

consequências das alterações, cabe transcrever os artigos para conhecimento. *In verbis*:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Art. 1.035: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 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. (BRASIL, 2015)

Cabe apontar que o Art. 1.035, § 4º do CPC/15 é, entre os três artigos, o único que não faz menção expressa à possibilidade de atuação como *amicus curiae* de pessoa física, contudo se defende que o art. 138, enquanto regramento específico da disciplina do *amicus curiae* será aplicado para disciplinar os sujeitos legitimados, uma vez que o Art. 1.035, § 4º, do CPC/15 mencionou apenas terceiros, sem excluir a possível participação de pessoas físicas.

Meyer (2014, p. 253-254) pontuou a necessária participação dos interessados, defendendo a utilização do *amicus curiae* na análise da repercussão geral e no julgamento de mérito da questão, bem como alertou para a necessária preocupação com o caso concreto, afirmando que “uma releitura da repercussão geral e do julgamento por amostragem visa manter a possibilidade de lidar com a avalanche de processos ao mesmo tempo em que se atenta para singularidades de cada caso”.

Como visto e revisto, o Brasil adota os dois sistemas, o difuso e o concentrado. Esta situação, sozinha, já gera certa complexidade. Acrescente-se ao todo uma ação como a ação declaratória de constitucionalidade, que é para Streck (2002) legítima construção nacional, e se chega a um sistema que Martins (2007, p. 17) classificou como “inutilmente complexo”.

O mesmo Martins (2007) defende que o sistema brasileiro deve aproximar-se, ainda mais, do sistema alemão. Por sua vez, Bello (2003) defende que a solução

é um aprimoramento do nosso sistema, com base na experiência americana. De igual forma o ativismo do judiciário é criticado (ROCHA, 2009; STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007), e pelo lado oposto a falta dele (MARTINS, 2007; RAMOS, 2001; BONAVIDES, 2004).

Rocha (2009) é incisivo, ao declarar que o ativismo judicial brasileiro, tendo como principal figura o STF, é prejudicial a toda a sociedade e o ordenamento jurídico. Toma como exemplo principal desse ativismo prejudicial a súmula vinculante, por entender ser a mesma inconstitucional e uma forma de conferir poder exacerbado ao STF, em detrimento dos juízes de primeiro grau.

Acerca da inconstitucionalidade do instituto da súmula vinculante, somente cabe um juízo jurídico bastante sofisticado, o que, pelas limitações do presente trabalho, fica prejudicada, sendo feita apenas a ressalva de que a súmula, como posta, não implica em lesão à separação dos Poderes, que seria uma das possíveis inconstitucionalidades, já que o instituto deveria apenas modificar os efeitos da decisão proferida no controle difuso para atribuir efeitos *erga omnes*; logo, não serve para a criação de leis (E se utilizado assim, como parece apontar o autor, foi utilizado erroneamente). Também não viola a democracia, já que o que vincula é um enunciado da súmula das decisões jurídicas que são atribuições do tribunal, sendo a fundamentação para este ponto a mesma que se apresentou no início do capítulo, qual seja: a legitimidade democrática para o controle de constitucionalidade decorrente da maior expressão popular, a própria constituição democrática.

Bonavides (2004) critica a falta de ativismo judicial, percebida, segundo o autor, quando o Poder Judiciário, mesmo provocado, tendo assim o meio de agir, queda-se inerte em detrimento próprio, passando a ser controlado pelo Poder Executivo, este que, nos últimos anos, através de instrumento “extraordinário”, medidas provisórias, tem usurpado a competência do Legislativo.

O mesmo autor expõe que, agindo assim, o Poder Judiciário opta por não influir em questões políticas, contudo essa postura não é aceitável porque o controle de constitucionalidade, como a própria constituição é político e jurídico (BONAVIDES, 2004). Ademais, novamente, cabe apontar que Bonavides (2004) acerta ao defender uma atitude de reconhecimento do Direito pelo Judiciário, a qual denomina de ativista, se tomada como a garantia do direito como integridade, que é o que se propõe a defender a presente pesquisa.

O controle de constitucionalidade concentrado, por sua vez, merece uma reconsideração, posto que, conforme Ramos (2001), o Brasil é uma democracia constitucional fundamentalista⁶⁷, onde se compreende que determinados direitos são inerentes a nação, não sendo passíveis de diminuição ou revogação de forma alguma.

Ramos (2001) expressa, ainda, que cabe ao Poder Judiciário, através do controle concentrado (que supõe mais célere e objetivo) promover os direitos fundamentais, impedindo violações aos mesmos, e que para tanto deve o Poder Judiciário, por seus integrantes, compreender seu papel na democracia.

Esse papel, sustenta Ramos (2001), juntamente com Bonavides (2004), não é o de mera função jurídica, técnica, pois o Judiciário deve exercer ativamente a função de inovar a ordem jurídica e social, não podendo afastar-se das decisões políticas, com a finalidade de se apresentar como um poder funcional para o sistema democrático, para que se alcance a concretização dos direitos fundamentais.

Aqui a ressalva é apenas quanto ao meio proposto; pois se o controle por meio concentrado for rápido, haverá o receio de que a pressa seja inimiga da melhor decisão constitucional. Assim, para o fim de garantir o direito como integridade, recomenda-se a maior utilização do controle difuso, em detrimento do concentrado.

Pela construção histórica apresentada é possível notar uma exaltação do controle concentrado no sistema, cada vez mais ampliado, porém o controle de constitucionalidade difuso, enquanto “controle de constitucionalidade” também tem o dever de promover e proteger os direitos fundamentais e a própria Constituição Federal, cabendo considerar as perspectivas do controle difuso em face da objetivação do controle de constitucionalidade.

Na tentativa de atribuir maior poder ao controle de constitucionalidade difuso, foram criadas a repercussão geral do RE, súmula vinculante e o julgamento por amostragem, sendo fatores que, segundo Didier (2007), caracterizam uma “objetivação” do controle difuso, bem como recentemente, a tentativa de adotar a tese da mutação constitucional do Art. 52, X, da CF/88, que se passa a analisar.

Streck, Oliveira e Lima (2007) e Martins (2007) criticam a tese, da possibilidade de mutação constitucional do Art. 52, X, da CF/88, sob dois aspectos.

⁶⁷ Ramos (2001) afirma que o art. 60, § 4º, da CF/88, ao criar rol de direitos que não podem ser alterados, caracteriza a nossa constituição como fundamentalista, sendo estes direitos: “a forma federativa de estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; e os direitos e garantias individuais.”

O primeiro aspecto diz respeito à discrepância gerada pela situação de que, se aceitar-se efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para a decisão tomada em sede de controle difuso por maioria simples, tem-se que conviver com a existência de um instrumento como a súmula vinculante que teria quase que a mesma finalidade e necessita de *quórum* de 2/3 para aprovação. Por outro lado, qual seria a necessidade de um instrumento como a súmula vinculante, se o STF poderia tornar vinculante decisão tomada em sede de controle difuso? Por lógica, realmente não faria sentido, porém nada impediria, sob este ponto, a aplicação do entendimento firmando por MENDES (2008) de mutação constitucional.

O segundo ponto colocado pelos autores Streck, Oliveira e Lima (2007) se refere ao grau de legitimidade da Corte Constitucional, no caso o STF, no exercício do controle de constitucionalidade. Esses autores não negam a legitimidade, mas acreditam que é preciso aferir uma gradação desta legitimidade.

Neste ponto entende-se importante lembrar como se iniciou a jurisdição constitucional nos EUA, onde não havia previsão na Constituição de um controle de constitucionalidade e este foi “criado” pela jurisprudência constitucional.

No Brasil, diferentemente, a Constituição não foi omissa: há norma constitucional expressa sobre a matéria, todavia o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade difuso é ilógico. Com efeito, desde a sua criação, foi a cisão da competência da jurisdição constitucional, tornando menos efetivo seu exercício para a concretude dos direitos fundamentais e da Constituição como um todo, apesar das suas características favoráveis já apontadas, como a maturação da questão e a maior abertura ao cidadão.

A permanência do inciso X, do Art. 52, da CF/88 é inaceitável, causando um fenômeno curioso. Apesar de a separação entre o controle difuso e concentrado atualmente ser explicada notadamente para fins didáticos, os sistemas de controle de constitucionalidade dos países que serviram de modelo para o sistema brasileiro cada vez mais adotam instrumentos semelhantes, enquanto o Brasil é talvez o melhor exemplo dos dois modelos.

A lógica (ou a falta dela) será demonstrada a seguir. Nos EUA, onde o controle de constitucionalidade é difuso e parte de um caso concreto, a decisão da Suprema Corte tem um caráter objetivo, força vinculante e eficácia *erga omnes* (BERMAN, 2009; MENDES, 2008), sendo que não mais se admite naquele país que

a jurisdição da corte seja obrigatória, por força da previsão do *writ of certiorari* (BERMAN, 2009).

Na Alemanha, onde o controle de constitucionalidade é concentrado e, como regra, seria abstrato⁶⁸, atualmente 97% (noventa e sete por cento) das causas julgadas pelo Tribunal Constitucional são recursos constitucionais e, naquele sistema, o referido tribunal, quando julga, o faz de forma objetiva. Então, mesmo no controle concreto e concentrado de constitucionalidade, a decisão tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (BERMAN, 2009).

Müller (2013, p. 251) informa que, na Alemanha, tem sido comum a valorização do caso concreto pela Corte Constitucional, que já se posicionou no sentido de “que seria preferível esperar até o momento em que o novo texto da norma tivesse sido utilizado por, ao menos, um tribunal para solucionar um caso concreto.”

A prática apontada por Müller (2013) condiz com a proposta pelo direito como integridade (DWORKIN), onde as práticas e decisões anteriores afetaram a decisão a ser tomada, posto que partes de um sistema maior.

Essa virada para a análise do caso concreto é o que se defende no presente trabalho, bem como o que advogam Cruz (2004) e Chai (2007). Não por coincidência, Dworkin (2007) já sustentou a importância da discussão do caso em concreto, afirmando a importância da construção do romance em cadeia.

No Brasil a situação fica assim, apesar de importar institutos dos dois sistemas, ambos com decisões de eficácia *erga omnes*; se a decisão do STF for proferida em sede de controle difuso, mesmo ele sendo o legitimado para exercer o controle concentrado, a decisão só terá efeito entre as partes. Se houver causas idênticas, estas ficam sobrestadas e após o julgamento do mérito, os tribunais podem se retratar ou não. E, caso não se retratem, o STF liminarmente poderá cassar ou modificar a decisão. (BRASIL, 2014)

A diferença pode parecer pouca, já que a decisão do STF será utilizada para todos os casos sobrestados, mas não é assim. Analisando em pormenores, tem-se no CPC/15 a obrigação do STF de julgar a questão com repercussão geral em 1 (um) ano, porém, não sendo julgada, os processos sobrestados voltarão a tramitar, podendo ter decisões conflitantes.

⁶⁸ Aqui fica novamente a ressalva ao estudo de Chai (2007) que alerta para o risco de não se pensar nos afetados, sob o argumento de que a decisão se dá em sistema de controle “abstrato”.

Outro aspecto é a ausência de vinculação da administração. Para exemplo prático, pode ser utilizada a cobrança de laudêmio pela União, afirmando ser a proprietária dos imóveis situados na ilha de São Luís.

A CF/88, em seu art. 20, IV, dispõe que:

Art. 20. São bens da União:

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

Pela leitura do dispositivo legal pode-se perceber que se excluem das hipóteses de domínio da União as ilhas que “contenham a sede de municípios”, salvo se incluídas nas exceções inseridas na parte final do inciso.

Contudo, a SPU tem efetuado a cobrança de laudêmio por regra, sem considerar o dispositivo, alegando que, na exceção, se incluem os terrenos banhados por mar, contudo, é comum perceber a não ocorrência desta situação.

A questão será resolvida no RE 636199, cuja repercussão geral foi reconhecida, sendo numerado como tema 676 das causas com repercussão geral a serem analisadas. Todavia, a decisão do STF valerá para os processos judiciais sobrestados, mas não beneficiará quem está sendo cobrado pela União de forma equivocada e ainda não ajuizou ação visando impedir a cobrança irregular. Posto que, mesmo com repercussão geral, a decisão será aplicada apenas aos processos sobrestados, bem como depois impedirá o recurso para o STF, se a decisão posterior aplicar o entendimento exposto no julgamento da causa com essa natureza.

Deste modo, a decisão não impedirá a União de continuar a cobrança do laudêmio, sendo necessário cada lesado buscar o Judiciário. Poderia resolver o problema a edição de uma súmula vinculante, inclusive obrigando a Administração Pública ou, a suspensão pelo Senado, após informação, da aplicação da norma que prevê a cobrança.

Neste ponto, imagine-se que o Senado, uma vez cientificado, opte por não editar a resolução suspensiva. A solução seria a súmula vinculante, contudo o julgamento foi por maioria simples, apenas um voto a mais para a corrente que apontou a inconstitucionalidade da norma que prevê a cobrança do laudêmio, a despeito da CF/88 retirar o bem do patrimônio da União. Sendo assim, não se terá o quórum qualificado para a edição da súmula e a situação irá se perpetuar.

Acerca da problemática destacada acima, Oliveira (2014, p. 581) afirma que se faz necessária a aplicação conjunta dos institutos, sob pena de não alcançar “os melhores resultados”, apontando

Como se vê, apenas o mecanismo de sobrestamento de recursos repetitivos não resolve o problema. Para evitar tal situação, a repercussão geral deverá obrigatoriamente ser combinada com a edição de súmula vinculante, sob pena de o instituto não alcançar os objetivos para o qual foi criado. Fato é que, do binômio repercussão geral e súmula vinculante são extraídos os melhores resultados possíveis do novo sistema.

Contudo, se não se apoia na súmula vinculante, a repercussão geral se torna menor e arrasta consigo a potencialidade de resolução da questão constitucional através do controle difuso. Por este motivo, que afirma-se que os dois sistemas de controle de constitucionalidade estão no mesmo ordenamento, mas perfeitamente separados e tornando o controle difuso menor do que poderia ser.

Baracho (2006), Cunha (2006) e Berman (2009) explicitaram a impropriedade de um controle difuso nos moldes delineados, posto que não é apto a resolver a questão constitucional. Isto porque, no entendimento desses autores, resolve um caso e se cria um caos jurídico, pois certamente muitos outros irão ingressar com recursos, podendo obter ou não a mesma prestação jurisdicional, o que gera insegurança jurídica.

Para que não se rompa com todo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e o STF realmente possa exercer o papel de Corte Constitucional, um trabalho integrado de reforma do sistema difuso e do concentrado deverá ser realizado.

Quanto ao controle difuso, deveria ser afastado, por reforma constitucional, o Art. 52, X, CF/88, para que, nos casos em que possam ser vislumbradas matérias sobre direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente protegidos, seja reconhecida a repercussão geral (BERMAN, 2009), e possam ser atribuídos os efeitos necessários para resguardá-los possibilitando ao STF exercer com mais propriedade sua função maior, de guardião da Constituição.

A fórmula proposta para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro consistiria em um sistema menos complexo e talvez, como consequência, mais efetivo e eficaz.

Todavia, não foi essa a opção do legislador, que, apesar de vislumbrar a necessidade de ampliação dos efeitos da decisão, para que o mesmo tenha sentido no complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tornou o sistema ainda mais complicado, com a criação da súmula vinculante, cuja vinculação é de um texto descolado do julgamento, sendo muitas vezes criticada em decorrência desta dificuldade de produção. (ROCHA, 2009)

A “objetivação” do Recurso Extraordinário, colocada por Didier (2007), que levaria a uma mudança paradigmática do controle difuso é em grande parte, como afirmado, decorrência da repercussão geral, da súmula vinculante e do julgamento por amostragem. Mas o que se espera não é uma “objetivação” que afaste o debate e a integridade, como defende Chai (2007).

Acerca da repercussão geral, por limitar os processos que chegam ao STF, através de uma discricionariedade do próprio tribunal na escolha dos casos que merecem julgamento, por terem repercussão geral, há autores, como STRECK, OLIVEIRA e LIMA (2007), que são contra, sob a alegação de que esta seria uma negativa de jurisdição, posição com a qual não se coaduna, salvo violação de normas constitucionais e direitos fundamentais, pois não se deve esperar solução de todos os casos pelo STF.

Contudo, o direito como integridade impõe que violações aos direitos fundamentais sejam afastadas, sob pena de ruptura do próprio direito (DWORKIN, 2007).

Importante lembrar que jurisdição todo juiz tem: se um magistrado julgou, não haverá negação de jurisdição. Antes de interpor RE o processo, foi ainda julgado por um tribunal, igualmente competente. Negar a possibilidade de limitação do acesso ao STF, sob a alegação de negativa de jurisdição, seria sair do pressuposto de que só a decisão do STF é correta, ou importante, argumentação que tornaria sem sentido a manutenção de juízes e tribunais inferiores, na medida em que o STF sempre teria de julgar.

A solução para a impossibilidade julgamento de todas as causas pelo STF é a maior vinculação ao precedente; o CPC/15 avançou ao determinar a observância aos precedentes, contudo a limitação é a obrigatoriedade limitada ao Judiciário.

Nos EUA, os precedentes possuem força vertical e horizontal, como informa Nogueira (2013), devendo ser reconhecidos e seguidos, salvo superação do precedente ou distinção que impossibilite sua utilização. Entretanto, os precedentes não são utilizados fragmentados ou com ideias sintetizadas. Como as súmulas muitas vezes têm sido utilizadas, havendo divergências entre os fundamentos do julgamento e ao texto editado para o enunciado de súmula. (MAUES, 2012)

Nogueira (2013) expõe que a prática nacional de editar súmulas (vinculantes ou não) não tem favorecido a uma cultura de maior respeito aos precedentes. Com efeito, continua o autor, para afirmar que, quando se cria a súmula, tenta-se sintetizar a tal ponto uma norma aplicável que o que seria um precedente se torna “empobrecido”.⁶⁹

Voltando à repercussão geral e à possível lesão ao direito de acesso, há que se vislumbrar caminho inverso do que aqueles que afirmam ser a repercussão geral uma afronta ao controle difuso, negando a jurisdição do STF às partes, para se compreender que, ao deixar de julgar a matéria, o STF tornará definitiva a decisão do tribunal inferior, que detém poder de promover o controle de constitucionalidade, na forma do controle difuso.

Entender que todas as matérias de controle de constitucionalidade devem ser julgadas pelo STF, para se assegurar o controle difuso, por outro lado, pode ser visto como a concentração do controle de constitucionalidade.

Na Lei que regulamenta o instituto da repercussão geral, Lei 11.418/2006, o Art. 2º, prevê a inserção no Código de Processo Civil do art. 543-B⁷⁰, criando o que é denominado de incidente de análise da repercussão geral por amostragem (DIDIER, 2007).

Em face desse incidente, todos os processos sobre matéria idêntica ficarão sobrestados, no tribunal *a quo*, até a análise da repercussão geral feita mediante os processos que foram enviados ao STF, sendo negada a repercussão geral da matéria, o que deve ser fundamentado (DANTAS, 2009), considerando-se inadmitidos todos os recursos sobrestados (DIDIER, 2007).

⁶⁹ O autor apresenta como exemplo o RE 466.343/SP que apresenta grandes discussão sobre direito constitucional e internacional e levou à edição da súmula vinculante nº 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. (O autor indicou erroneamente o número da súmula como 31)

⁷⁰ Redação do Art. 2º da Lei 11.418/2006 que criou o Art. 543-B, no CPC: Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

Didier (2007) expõe também que para o caso de se admitir a repercussão geral da questão constitucional, serão julgados os processos que já estão no STF e, de acordo com a decisão de mérito proferida pelo STF, pode o tribunal *a quo* declarar os recursos prejudicados ou se retratar.

A Lei 11.418/2006 previu ainda a intervenção por meio de *amicus curiae* no processo, como visto acima, razão pela qual Didier (2007) afirma que há uma “objetivação”⁷¹ do controle difuso.⁷²

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, todavia, não podem ser explicados apenas juridicamente, por meio de uma análise da sistemática processual.

Como exemplo desse fenômeno, há o caso em que, por meio de RE, o STF interpretou a cláusula de proporcionalidade de vereadores em cada município no âmbito de controle difuso, portanto, de efeitos limitados entre as partes. Inobstante a ausência de mecanismo jurídico que obrigasse o TSE, este tribunal editou uma resolução onde adotou o posicionamento do STF (DIDIER, 2007).

Outro exemplo de ampliação dos efeitos dos julgados em sede de controle difuso de forma extraprocessual se apresentou na Resolução nº 106, do Conselho Nacional de Justiça⁷³. A referida Resolução prevê “critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrado e acesso aos Tribunais de 2º grau.” Entre os vários critérios estabelecidos, um deles é o de desempenho, onde o magistrado é julgado quanto ao aspecto qualitativo de suas decisões (CNJ, 2010). A Resolução destaca os pontos levados em consideração para julgar o desempenho (qualidade das decisões), estando entre os pontos a pertinência da jurisprudência utilizada e o “respeito às súmulas do STF e dos tribunais superiores.”

No campo das questões constitucionais, deverá o magistrado fazer uso da jurisprudência mais pertinente (seria a do STF?) e deverá, ainda, respeitar as súmulas do “Supremo Tribunal Federal”⁷⁴. A resolução, portanto, apesar de não afetar a sistemática processual do controle de constitucionalidade, ao menos não

⁷¹ Termo utilizado pelo autor na obra citada.

⁷² Meyer (2014) critica a afirmação, apontando que a utilização de *amicus curiae* visa conferir maior participação da sociedade e ampliar o debate, e assim não deve ter o condão de “objetivar” no sentido de afastar-se do caso concreto.

⁷³ O Conselho Nacional de Justiça foi criado pelo art. 5º da Emenda Constitucional de nº 45 de 2004, fazendo parte do Poder Judiciário e tendo por atribuição o controle administrativo.

⁷⁴ A resolução dispõe literalmente “Supremo Tribunal Federal”, mas também fala de “tribunais superiores”, sendo que se devem respeitar as súmulas dos tribunais superiores também.

diretamente, influenciará os magistrados a adotarem os posicionamentos do STF, mesmo aqueles tomados na esfera do controle difuso.

Faidiga (2010) defende a vinculação às decisões do STF, mesmo em sede de controle difuso, por entender que assim se teria melhores condições de garantir direitos fundamentais, que muitas vezes são esquecidos nas ações concretadas.

Importante referir ainda o estudo da Universidade de Brasília, coordenado por Juliano Zaiden e Alexandre Costa, em que, após pesquisarem todas as ações julgadas em sede de controle concentrado desde a CF/88, observaram que, em sua maioria, tais ações têm por finalidade defender interesses do Estado ou de grupos determinados (como associações, classe de trabalhadores), em detrimento da utilização para garantia de direitos fundamentais amplos.⁷⁵

Medina, Guimarães e Freire (2014) expõe que mesmo o controle difuso através de RE é bastante utilizado para resolver questões relativas ao Estado como litigante, ou entes indiretos da administração. Com o agravante de que questões importantes aos cidadãos deixaram de ter sua repercussão geral conhecida, sob a ótica buscar resolver questões de maior transcendência, com grande número de temas envolvendo o Poder Público.

Assunto abordado por Wambier e Wambier (2014, p. 631), que afirmaram ser a repercussão geral mal utilizada quando, apenas, faz uso de critérios relativos a quantidade de pessoas atingidas, uma vez que o controle difuso seria o meio de levar ao Judiciário questões importantes, mesmo que o número de atingidos seja menor, que necessitam de uma resposta pelo STF, momento em que essas decisões estabelecerão “padrões de interpretação das normas constitucionais.”

Cappelletti (1988), ao tratar do acesso à justiça, expõe a força dos litigantes habituais que, por serem grandes clientes do Judiciário, conseguem fazer valer seus interesses por profundo conhecimento do sistema. Pois bem, o maior cliente do Judiciário brasileiro é o próprio Estado. Logo, não deveria causar espanto a sua força e influência sobre os Poder Judiciário. Wolkmer (2014) chega a afirmar que

⁷⁵ Para acessar o estudo:

http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1104%3Astf-e-controle-concentrado-de-constitucionalidade-apresentacao-de-pesquisa-e-debate&catid=186%3Atextos-e-artigos-diversos&Itemid=2907&lang=br

a produção jurídica brasileira esteve em maioria associada aos interesses oligárquicos, individualistas e “pouco democráticos”.

Daí surgiu a súmula vinculante, que é regulada pela Lei 11.417/2006, esta que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante sobre todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Zaneti Jr. (2015) vislumbra uma possível adequação entre as súmulas vinculantes e o sistema jurídica brasileiro, na medida em que, para o autor, a nossa CF/88 confere ao Judiciário um poder-dever amplo de controle dos demais poderes.

Para a edição de súmulas vinculantes são necessárias, nos termos da lei, reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que tenha por objeto a validade, interpretação ou eficácia de norma, por haver controvérsia, entre os órgãos do judiciário ou entre o judiciário e administração pública, que tenha por consequência insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre a mesma questão (BRASIL, 2006).

É notável a tentativa de evitar a multiplicidade de processos no STF, pelo próprio texto legal, exigindo-se um quórum de dois terços do plenário para sua edição, revisão ou cancelamento.

Didier (2007) aponta na súmula vinculante um estágio mais avançado de estabilidade do posicionamento do STF sobre questão constitucional⁷⁶, tendo como partida o controle difuso e concreto.

A súmula vinculante, apesar de se comparar à decisão em sede de controle concentrado, como coloca Didier (2007), poderá ser reformada ou até mesmo cancelada apenas pelo próprio STF, além de vincular todo o Judiciário e ter eficácia *erga omnes*.

Ressalte-se, assim, que caberá reclamação ao STF de decisões tomadas por outros órgãos contrários a enunciado de súmula com efeito vinculante, a exemplo do que ocorreria com uma decisão em sede de controle concentrado (APPIO, 2011).

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é bastante complexo, pelo que o presente estudo jamais conseguiria expor, com precisão,

⁷⁶ Contudo esta afirmação parece ser parcialmente equivocada. Uma vez que o STF não tem adotado o rigor necessário na edição das súmulas. Sobre o assunto v. artigo do Prof. Dr. Maués, http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/09_rev16_587-624_-_antonio_moreira_maués.pdf.

diversos assuntos acerca do tema, bem como por outras limitações jamais encerraria as questões colocadas.

Cumprido considerar que a objetivação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, com uma notável acentuação do controle concentrado, nem tem por escopo, nem como efeito, afastar o controle difuso.

Como demonstrado pela análise histórica, o controle de constitucionalidade difuso brasileiro não teve sua função totalmente alcançada por escolhas políticas. Atribuição de efeitos “entre partes”, quando a questão é relevante e constantemente atinge um número indeterminado de indivíduos, é uma forma não tão eficaz de tratar o problema.

Contudo, falta ao Direito brasileiro a noção de razão pública de Rawls (2011), bem como a ideia de integridade proposta por Dworkin (2011). Deixa-se de adotar a força gravitacional do precedente por sua legitimação baseada no fundamento e se passa a só conhecer e seguir o que é posto pela força, talvez Derrida (2007) estivesse mais certo do que nunca.

Apesar do fato de cada caso ter sua singularidade, reconhece-se que determinadas questões poderão ser apreciadas e utilizadas para resolver outras. É a lógica do controle de constitucionalidade americano.

Visando, então, conferir maior respeito ao precedente, criamos os mencionados enunciados de súmula com efeitos vinculantes, mas operamos os mesmos como se fossem regras criadas para a ampliação dos efeitos da decisão, com aplicação por subsunção. Fato para o qual atentou Lopes Filho (2014), afirmando que o ímpeto do legislador de dar força ao precedente falha, em parte, por caracterizar-se em uma tentativa de voltar ao positivismo, este já incutido no imaginário brasileiro (além da já mencionada problemática do descolamento entre o texto do enunciado de súmula e os argumentos dos julgados que serviram de base).

Ao pronunciamento de inconstitucionalidade proferido pelo STF em controle difuso, a Constituição de 1934 e outras Constituições posteriores, inclusive a vigente, atribuíram ao Senado a competência de atribuição de efeitos *erga omnes*, diminuindo assim o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade. Contudo, é um marco de que não se seguia o precedente por opção. Nos EUA não há uma regra específica de utilização do precedente, que foi sendo construída por décadas (na verdade, séculos) (NOGUEIRA, 2013)

Na verdade, a ampliação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade difuso corrobora para uma uniformização, o que não é conseqüentemente algo bom ou ruim, se utilizado em conformidade com os preceitos apontados acima, de concretização da constituição, de razoabilidade, proporcionalidade e de integridade. Isto pode ser um processo benéfico para a constituição, para democracia e para o fortalecimento do controle de constitucionalidade, difuso e até mesmo do concentrado.

Os magistrados, de primeiro grau ou do STF, poderão declarar uma norma inconstitucional; este é o controle difuso. Se houver posicionamento claro do STF sobre o assunto, mesmo que tomado em sede de controle difuso, deverá este prevalecer, quando respeitada a cláusula de reserva de plenário e julgada questão constitucional por maioria, de forma objetiva, que seja correta, sem influência dos predadores do direito.⁷⁷

Todavia, esta mesma decisão deve ser construída de forma democrática, com base na integridade do direito (DWORKIN, 2011), respeitando não apenas a cadeia de decisões da Corte (DWORKIN, 2006), mas também os princípios (DWORKIN, 2000), a razão pública (RAWLS, 2011) e a democracia, através da valorização da participação.

O STF é a instância superior no controle de constitucionalidade difuso. Não há fundamento para que uma matéria, já julgada por ele, tenha de ser julgada novamente, senão a mudança no contexto externo ao julgamento, que pode ser circunstâncias do processo ou da sociedade, uma mudança no âmbito da norma (MÜLLER, 2013), que poderia levar a uma superação do entendimento anterior ou ao reconhecimento de uma situação distinta o suficiente para merecer tratamento diferente.

Não havendo uma ou outra, deverá ser mantido o posicionamento do tribunal; dizer entretanto que o controle difuso existe, não quer dizer que deverá ser exercitado por todos os magistrados a todo o tempo. Os instrumentos criados para dar ampliação dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso realizado pelo STF, não podem funcionar como meros filtros impedindo o acesso à justiça.

⁷⁷ Expressão emprestada do Prof. Lênio Streck. Para designar os fatores externos que poderão influenciar a decisão. Como, por exemplo, interesses econômicos, políticos, algum conceito pessoal de moralidade, etc.

Enquanto não se constrói e exercita uma razão pública, com respeito às diferenças e orientação para a organização social igualitária e estável pela razões certas, continuasse tratando as questões constitucionais em solavancos ou com finalidades de proteção apenas da organização do Estado ou de interesses corporativos, impedindo construir-se uma concepção de direito como integridade, com crescimento permanente no número de processos judiciais, servindo os instrumentos messiânicos do controle de constitucionalidade difuso muito mais como filtro dos recursos (contenção ao volume de processos), e bem menos como meios de dar garantia de realização do Direito, principalmente os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste trabalho é possível tecer algumas conclusões referentes ao controle de constitucionalidade brasileiro, em especial o controle difuso, com algumas análises sobre suas possibilidades e as consequências das opções legislativas passadas.

Porém, para a compreensão dos resultados da pesquisa, algumas reflexões preliminares são indispensáveis.

A princípio foi possível constatar a necessidade de garantia da força normativa da Constituição, sem a qual a sociedade não pode avançar, nem os direitos dos cidadãos serão observados.

Esta garantia se alcança com a formação de um consenso sobreposto sobre os ideais políticos de justiça que norteiam a sociedade e os direitos constitucionais fundamentais, sem os quais não se alcança uma prática de Constituição Democrática ou Coparticipativa.

A tutela dos direitos fundamentais deve ser perseguida por todos os órgãos de Estado e por todos os cidadãos, e por diversos meios, não sendo o controle de constitucionalidade o único caminho.

Nas sociedades onde o controle de constitucionalidade se tornou prática, as decisões políticas, onde se utilizam argumentos de política, também se preocupam com argumentos de princípios.

O controle de constitucionalidade das leis possui a qualidade de debater as questões constitucionais no fórum do princípio, onde se utilizam argumentos de princípio e construções jurídicas, possibilitando serem afastados argumentos válidos politicamente mas contrários aos princípios constitucionais.

Assim, tem-se que o controle de constitucionalidade difuso é meio de garantia dos direitos fundamentais, de forma substantiva, posto que não é possível um controle de constitucionalidade que seja meramente procedimental. Sempre haverá a necessidade de discussão sobre a substância que determina a ação para controlar procedimentos.

Foi possível vislumbrar como se construíram os grandes modelos de constitucionalidade americanos e europeu, ambos visando assegurar que os princípios constitucionais seriam protegidos através de instrumentos capazes de realizar a conformação das leis à Constituição.

Com efeito, demonstrou-se como esses modelos influenciaram a construção do controle de constitucionalidade brasileiro e também as suas modificações ao longo dos anos e de diversos textos constitucionais.

A CF/88 trouxe grandes avanços, com a previsão de uma gama de direitos fundamentais, e, junto a estes, um sistema de controle de constitucionalidade misto, com elementos baseados em ambos os modelos clássicos.

Desde a sua promulgação a CF/88 passou por mudanças legislativa que ocasionaram alterações no controle de constitucionalidade, muitas vezes para garantir através do Judiciário uma estabilidade sobre as questões constitucionais.

Algumas das alterações visaram propiciar um aumento da importância do controle concentrado de constitucionalidade, este que garante maior poder de controle ao STF, não para estabilizar decisões sobre controle de constitucionalidade, mas para modificar as decisões contrárias aos interesses do Estado.

O direito como integridade determina uma observância do direito de forma que a Constituição, as leis e os precedentes sejam respeitados, os quais formam um romance em cadeia no qual cada sujeito constrói uma parte de uma obra maior, devendo assim prezar pela coerência.

A ideia de romance em cadeia não impossibilita mudanças de posicionamento, quando as mudanças foram necessárias e baseadas em argumentos consistentes, pois estes que agora deverão ser preservados.

O controle de constitucionalidade garante a supremacia da Constituição e não é lesivo à democracia constitucional.

Instrumentos, como a repercussão geral e a súmula vinculante, ampliaram as possibilidades do controle difuso, porém não viabilizaram a sua melhor utilização.

O controle difuso, por excelência, é o mais apto para debater questões de direitos fundamentais, haja vista a participação direta dos interessados, devendo ser assegurada a participação como *amicus curiae* de pessoas naturais nas causas com repercussão geral, conforme a interpretação defendida para os dispositivos do CPC/15.

A repercussão geral como adotada atualmente, tem dupla função, contenção recursal e ampliação dos efeitos da decisão, com uma importância maior para a primeira função.

A súmula vinculante amplia os efeitos do controle difuso, porém, em sua sistemática mais rígida, com quórum qualificado, e a nociva necessidade de apontar texto rígido e conciso sobre questões constitucionais complexas e amplas, dificulta a garantia do direito como integridade e favorece uma concepção positivista de precedentes como criação de regras.

Enquanto não houver um debate amplo sobre a razão pública e uma valorização do direito como integridade, mais e mais instrumentos de filtro e de retirada de acesso à justiça serão criados, sem, contudo, atingir a finalidade maior de garantir os direitos fundamentais.

Resta apontar, nos dizeres de Álvaro Cruz (2004) que “é preciso lembrar que o efeito vinculante de uma decisão só é legítimo quando feito pela persuasão do melhor e mais adequado argumento.”

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Revalorização do artigo 52, inciso X, da Constituição.** Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-abr-20/analise-constitucional-revalorizacao-artigo-52-inciso-constituicao>>. Acesso em 30/07/2014
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Suspensão de norma inconstitucional está em pleno uso pelo Senado Federal.** Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-mai-31/suspensao-norma-inconstitucional-pleno-uso-senado-federal>>. Acesso em 30/07/2014
- APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada.** 1ª ed, 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2011.
- BAHIA, Alexandre melo franco. **Admissibilidade de amicus curiae no julgamento de repercussão geral.** Revista dos Tribunais | vol. 922/2012 | p. 589 - 609 | Ago / 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal.** Capital Federal: Companhia Impressora 7, 1893.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência /– 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.**
- BARROSO, Luís Roberto. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.–** Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARZOTTO, Luiz. **Filosofia e Constituição.** In: Tratado de direito constitucional. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto - Teoria do Conhecimento e da Interpretação do Espaço Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BERMAN, Jose Guilherme. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas.** Curitiba: Ed. Juruá, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 27/05/2014.

BRASIL. **Decreto Nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.** Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos legais que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

BRASIL. **Lei 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>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

BRASIL. **Lei n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm> Acesso em: 20 de julho de 2014.

BRASIL. **Lei 5.869/1973. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acessado em 28/05/2014.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 05/04/2015

BRASIL. **Lei 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/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 27/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no RE 361829 ED**, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165867&base=baseAcordaos>. Acesso em 28/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho no RE 592891/SP**, Relatora Min. Rosa Weber. Proferido em 1 de agosto de 2012. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592891&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipo_Julgamento=M. Acesso em 28/03/2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução 106**, de 06 de abril de 2010. http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_106.pdf. Acesso em: 10/03/2015

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro De Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2ª ed. – Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor: 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHAI, Cassius Guimarães. **Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos**. 1 ed. São Luís: AMPEM, 2007.

CIANCI, Mirna & GREGÓRIO, Assagra. **Direito processual do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade**. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: JusPODIVM, 2007

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**.- Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais** – 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Recursos no processo civil).

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. – 3ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante e declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

FALCÃO, Joaquim. **I Relatório Supremo em Números O Múltiplo Supremo**. FALCÃO, Joaquim ; Cerdeira Pablo de Camargo; Arguelhes, Diego Werneck. Disponível em: http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf. Acesso em: 30/05/2014.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely**. – Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método; tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997

GARGARELLA, Roberto. **As teorias de justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução Alonso Reis Freire. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella** – São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Gustavo Rabay. **O papel político do Judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais**. Revista direitos fundamentais e democracia. Vol. 4. 2008. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/136/132>. Acesso em 09/03/15.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Tradução: Luiz Afonso Heck. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** (ou Matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil). Tradução de João de Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. s/d

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sergio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. – 7ª ed. - São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise: uma contribuição à patogeneese do mundo burguês**. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. – Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. – 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2014.

TAVARES, André Ramos. In: Dicionário brasileiro de direito constitucional. / coordenador – geral Dimitri Dimoulis – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Leonardo. **Retórica do processo constitucional objetivo no Brasil**. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: JusPODIVM, 2007

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos, CEBRAP, N.º 58, novembro 2000, pp. 183-202. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 22/01/2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; Guimarães, Rafael de Oliveira; Freire, Alexandre. **Da repercussão geral. Evolução e críticas ao instituto**. In: Repercussão Geral da questão constitucional/ Coordenadores Luiz Fux, Alexandre Freire, Bruno Dantas. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação democrática**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade abstrato das normas no Brasil e na Alemanha**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Mendes. **A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: JusPODIVM, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, comentários a Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>> Acesso em: 13 de julho de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Repercussão geral e separação de Poderes: uma perspectiva procedimental adequada do instituto ante a relação entre Legislativo e Judiciário no Estado democrático de direito**. In: Repercussão Geral da questão constitucional/ Coordenadores Luiz Fux, Alexandre Freire, Bruno Dantas. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? a questão fundamental da democracia**. 3 ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I.** – 3ª ed. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro.** 2ª ed. – Salvador: JusPodivm, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. **O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação.** In: Tratado de direito constitucional. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. **Para uma efetividade maior do instituto da repercussão geral das questões constitucionais.** In: Repercussão Geral da questão constitucional/ Coordenadores Luiz Fux, Alexandre Freire, Bruno Dantas. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro – aspectos constitucionais e processuais.** São Paulo: Malheiros, 2010.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Controle concentrado de constitucionalidade das leis do Brasil.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88.** Revista de direito constitucional e internacional, vol. 37, São Paulo: Ed. RT, 2001.

Ramos, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** — São Paulo: Saraiva, 2010

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Tradução Álvaro de Vita. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ROCHA, Jose de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia** – São Paulo: Atlas, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. In: **Dicionário brasileiro de direito constitucional.** / coordenador – geral Dimitri Dimoulis – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Tradução Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa.** Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – 8º Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: As novas faces do ativismo judicial. Org. FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo.. Salvador: JusPodivm, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução Denise Bottman, Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia da Letras, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro, ago. 2004. Disponível em: <http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=40>. Acesso em: 20 setembro 2014.

SOUZA, Nelson Oscar. **Controle de Constitucionalidade – Do juízo de primeiro grau à Suprema Corte**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 38. São Paulo: RT, 2002.

STF. Consulta ao andamento da Rcl 4335-5/AC. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Elaborado em 07/2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso/1>> Acesso em: 14 de julho de 2013.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. In: **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. / coordenador – geral Dimitri Dimoulis – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Themístocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis nº 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/99. 2 ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Tradução de: Maria Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcácel. - 1. - ed. Madri: Civitas, 1991.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral como transformá-la num instituto adequado à magnitude da missão de uma Corte Superior?** In: Repercussão Geral da questão constitucional/ Coordenadores Luiz Fux, Alexandre Freire, Bruno Dantas. Rio de Janeiro: Forense, 2014.