

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Cássio André Borges dos Santos

SÚMULA VINCULANTE E CONTROLO DA
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Tese no âmbito do doutoramento em Direito, ramo Direito Público, orientada pela
Professora Doutora Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Dezembro de 2020

Cássio André Borges dos Santos

Súmula vinculante e controlo da constitucionalidade no Brasil

Tese no âmbito do doutoramento em Direito, ramo Direito Público, orientada pela Professora Doutora Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro de 2020



Tese de doutoramento

Título: Controle da constitucionalidade no Brasil: contributo para o estudo da (in) constitucionalidade da súmula vinculante

Ano: dezembro de 2020

Autor: Cássio André Borges dos Santos

Orientação: Professora Doutora Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga

Domínio científico: Direito

Especialidade: Direito Público

Instituição: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito

Aos meus pais,
Ramiz, Thália e
Sonja, *in memoriam*.

Apresentação

Cássio André Borges dos Santos, mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, apresenta a vertente Tese de Doutorado, na especialidade Direito Público, enquanto elemento integrante da sua candidatura a prova que permite obter o grau de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agradecimentos

Agradeço à Senhora Professora Doutora Paula Veiga, minha Professora Orientadora, o apoio e o ânimo que me deu, no sentido da teorização, desenvolvimento, execução e apresentação desta Tese de Doutorado, sem os quais isso não seria possível. Aos meus pais, aos meus irmãos, aos meus avós, e aos meus sobrinhos e tios, o amor incondicional. Aos meus alunos, meus colegas da magistratura e da docência, a compreensão. Aos meus amigos, o incentivo. A Deus, tudo.

Resumo

O fenômeno da abstrativização da fiscalização constitucional judicial concreta no Brasil é novo, mormente no contexto no qual a experiência jurídica do Estado brasileiro completará dois séculos, daqui a quatro anos, e a adoção progressiva dos precedentes na seara do controle jurisdicional de constitucionalidade não conta sequer com duas décadas. Eis por que se resente de estudos específicos sobre o tema, que se revela de difícil enquadramento geral, seja porque envolve um processo que se vem implantando gradativamente, seja porque o caso brasileiro é *sui generis*, no bojo das experiências jurídicas relativas à fiscalização constitucional, que se deram em outros Estados, principalmente, nos Estados Unidos da América e nos Estados europeus. Essa lentidão do direito brasileiro na afirmação de um modelo nacional de fiscalização constitucional se deve à concorrente influência norte-americana e europeia no direito constitucional do Brasil. Em que pese o direito público brasileiro republicano ser de notória influência ianque, a adoção do controle difuso da constitucionalidade pela primeira constituição republicana, a de 1891, se deu de forma tímida, eis que o Brasil aderiu ao *judicial review* dos americanos, sem, entretanto, incorporar a doutrina do *stare decisis*, razão pela qual, até 1934 (43 anos após se ter constitucionalizado a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade), até mesmo as decisões da Suprema Tribunal Federal não se revestiam de eficácia *erga omnes*, posto que o direito brasileiro permanecia fiel ao dogma da separação dos poderes, ainda por influxo do direito europeu continental. Foi na Constituição de 1934 que se instituiu, pela primeira vez, um mecanismo capaz de dar eficácia transcendente e efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, único método de fiscalização judicial da constitucionalidade, adotado no Brasil, até então. Mesmo assim, o direito brasileiro foi buscar na Europa o fundamento para conceder eficácia transcendente às decisões finais (prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal), no método concreto de controle jurisdicional da constitucionalidade, uma vez que, ao atribuir ao Senado esta tarefa, importou dos ingleses a ideia de consolidação dos precedentes por um órgão da Câmara Alta, no caso britânico, a Câmara dos Lordes – que, à época, era responsável pela consolidação do *stare decisis* no Reino Unido. E foi, também, por influência do direito europeu que o Brasil instituiu a ação direta de inconstitucionalidade, em 1965, numa emenda à Constituição de 1946. É que um dos efeitos do Segundo Pós-

guerra foi consolidar o controle judicial concentrado da constitucionalidade na Europa continental ocidental, sob a ótica kelseniana – pela qual a criação de um tribunal constitucional afastaria a ideia de violação do dogma da separação dos poderes, já que estes tribunais não deveriam ser compostos por juízes de carreira, e nem deveriam pertencer ao Poder Judiciário (apesar de alguns pertencerem) –, pelo o que a jurisdição constitucional ganharia contornos de legitimidade política, porque, ao se exercer a jurisdição constitucional, se estaria defendendo a Constituição de maiorias parlamentares circunstanciais, afirmando a força normativa da Constituição perante todos os Poderes, por ela mesma instituídos, inclusive, o Poder Legislativo. O direito constitucional brasileiro, mesmo tendo implementado a fiscalização constitucional judicial abstrata, de característica europeia, permaneceu vacilante quanto a eficácia transcendente e o efeito vinculante, derivados das decisões do Supremo Tribunal Federal, tomadas em sede de controle jurisdicional concreto da constitucionalidade. Somente a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que o poder constituinte derivado reformador positivou a eficácia transcendente nas decisões da fiscalização concreta de constitucionalidade, tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da instituição do direito sumular vinculante, bem como da adoção da cláusula de repercussão geral, com o requisito ínsito de transcendência, nos julgados prolatados pelo STF, em sede de recurso extraordinário. Essa tendência foi seguida pelo legislador ordinário, seja nas reformas pontuais do Código de Processo Civil (de 1973) revogado, seja no Código Civil de 2015, que, com mais ousadia, determinou que se edite súmula ordinária de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário, após julgamento de recursos extraordinários, julgados com repercussão geral. Com isso, o direito brasileiro tornou-se independente da concepção europeia de fiscalização judicial da constitucionalidade, no que pertine aos efeitos de suas decisões do controle difuso, e passou adotar a doutrina do *stare decisis*, ainda que timidamente, vez que a eficácia transcendente automática, dos julgados com repercussão geral, não deve ocorrer nos julgados dos incidentes de constitucionalidade, proferidos em sede de competência originária (diversa da jurisdição constitucional abstrata, que já goza de eficácia *erga omnes*) e de competência recursal ordinária, ambas do Supremo Tribunal Federal, para os quais só haverá eficácia transcendente e efeito vinculante, caso se edite súmula vinculante, cuja edição obedece a critérios mais rigorosos do que os previstos para aferição da repercussão geral.

Palavras chave

Fiscalização constitucional, abstrativização do controle concreto, experiência jurídica brasileira, influência europeia e norte-americana, dogma da separação dos poderes, respeito aos precedentes, adoção da doutrina do *stare decisis*, súmula vinculante, vinculação do legislador, inconstitucionalidade.

Abstract

The phenomenon of abstraction of concrete judicial constitutional oversight in Brazil is new, especially under the perspective that legal experience of the Brazilian State will be completed two centuries after three years, and the adoption of precedents in the area of judicial control of constitutionality doesn't even count with two decades. This is why he resents a specific study on the subject, which is difficult to understand in general, either because it involves a process that has been gradually implemented, or because the Brazilian case is *sui generis*, in the context of legal experience regarding constitutional oversight, in other States, principally in the United States of America and in the European States. The slowness of Brazilian law in asserting a national model of constitutional oversight is due to the concurrent US and European influence in Brazilian constitutional law. In spite the Brazilian Republican public law being of a notorious Yankee influence, the adoption of the diffuse constitutionality control, by the first republican Constitution, that of 1891, occurred in a timid manner, hence Brazil adhered to the judicial review of the American law; without, however, incorporate the doctrine of the *satate decisis*, reason why, until 1934 (43 years after having constitutionalized the diffuse constitutionality fiscalization), even the decisions, of the Brazilian Supreme Court, were not effective *erga omnes*, because Brazilian law remained faithful to the dogma of separation of powers, still under the influence of continental European law. It was in the 1934 Constitution that a mechanism was established for the first time capable of giving transcendent efficacy and binding effect to the decisions of the Federal Supreme Court, given in the diffuse control of constitutionality, the only method existing in Brazil until then. Even so, Brazilian law sought to find in Europe the foundation for the transcendent effectiveness of concrete control, since in assigning the Senate this task, the English imported the idea of consolidation of precedents by a House of the Upper House in the British case, the Chamber (the standardization of precedents is now in the hands of the UK Supreme Court). And it is also because of European law that Brazil instituted the direct action of unconstitutionality, in 1965, in an amendment to the Constitution of 1946. It is that the post-war consolidated the concentrated judicial control of constitutionality, under the Kelsenian viewpoint, by which creation of a constitutional court dispels the idea of a breach of the dogma of separation of powers, since this court should not be composed of career judges, nor should it belong to the judiciary (although some belong), whereby the jurisdiction constitutional law gains contours of political legitimacy, because, in exercising constitutional jurisdiction, the constitution of the majority of the parliamentary circumstantial is being defended, affirming the normative force of the Constitution before the powers by itself instituted, including, the legislative power. However, despite having implemented the abstract control of European characteristics, Brazilian law remained uncertain as to the transcendent efficacy and binding effect derived from the decisions of the Supreme Federal Court, taken in the context of diffuse control. Only from Constitutional Amendment n. 45/2004, that the Constituent Power Derivative Reformer positivized the transcendent effectiveness in the decisions of the concrete celebration of constitutionality, taken by the Supreme Federal Court, from the establishment of the

binding right of the Supreme Court, as well as the adoption of the general repercussion clause, with the requirement transcendence. This tendency was followed by the ordinary legislator, both in the specific reforms of the Code of Civil Procedure revoked, and in the Code of 2015, which, being more daring, ordered that an ordinary sum of compulsory observance be issued for the other organs of the Judiciary, after judgment in extraordinary appeal, with general repercussions. With this, the Brazilian law became independent of the European conception of constitutional oversight, to adopt the *stare decisis*, although timidly, since the automatic transcendent efficacy, resulting from those with general repercussions, does not occur in the judgments of constitutionality incident, delivered in the jurisdiction of origin (other than abstract constitutional jurisprudence) and an ordinary recourse of the Federal Supreme Court, for which *erga omnes* efficacy and transcendent effect will only be effective if a binding summary is issued, which obeys stricter criteria than those foreseen for measuring the general repercussion.

Key-words

Constitutional oversight, abstract constitutional review, concrete constitutional review, Brazilian juridical experience, European and North American influence, dogma of the separation of powers, respect for precedents, and adoption of the “stare decisis” system, unconstitutionality.

Índice

INTRODUÇÃO.....	17
-----------------	----

I PARTE

1. Considerações gerais sobre a defesa da Constituição.....	20
1.1. Constitucionalismo e a resignificação do Estado democrático de direito.....	22
1.2. Supremacia da Constituição e a ideia de rigidez constitucional.....	25
1.3. Tensão entre defesa da constituição e o princípio democrático.....	31
1.4. Fiscalização judicial da constitucionalidade e mutação do princípio da tripartição orgânica do poder.....	40
1.5. Estudo comparado da defesa da constituição em alguns ordenamentos jurídicos: Estados Unidos, Europa e América Latina.....	46
1.6. Controle preventivo e repressivo da constitucionalidade em uma brevíssima abordagem.....	53
2. Sistemas de defesa da Constituição.....	58
2.1. Controle político da constitucionalidade.....	62
2.2. Fiscalização judicial da constitucionalidade.....	68
2.3. O método norte-americano de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade: a afirmação da <i>judicial review</i>	73
2.4. O método europeu de fiscalização judicial da constitucionalidade e o dogma da separação dos poderes.....	78
2.5. Técnicas de modulação dos efeitos das decisões na fiscalização judicial abstrato/concentrada da constitucionalidade.....	83
2.6. Controle jurisdicional misto da constitucionalidade na Europa: o exemplo do direito português.....	88
3. A jurisdição constitucional no contexto das duas grandes famílias do direito: <i>common law</i> e <i>civil law</i>	99
3.1. A influência da família do <i>common law</i> na fiscalização judicial difusa da constitucionalidade.....	101
3.2. Relação entre o método de controle judicial concentrado da constitucionalidade e o sistema jurídico do <i>civil law</i>	107
3.3. Os Estados Unidos da América e a contribuição do <i>common law</i> para fiscalização judicial da constitucionalidade.....	112
3.4. A possível opção do direito brasileiro por um sistema jurídico misto, que combina elementos do <i>civil law</i> e do <i>common law</i>	115

3.5.	A fiscalização difusa da constitucionalidade no Brasil, sob o influxo do sistema de precedentes (próprio da família do <i>common law</i>)	121
4.	Apontamentos sobre uma teoria da inconstitucionalidade das normas.....	125
4.1.	Higidez constitucional das normas infraconstitucionais: espécies de inconstitucionalidade.....	128
4.2.	Paradigma constitucional de controle (e o bloco de constitucionalidade)	130
4.3.	O problema da validade das normas infraconstitucionais primárias (e o bloco de legalidade)	133
4.4.	Alteração na parametricidade constitucional e o direito intertemporal...	136

II PARTE

5.	O complexo sistema de defesa da Constituição no Brasil.....	140
5.1.	A evolução da fiscalização constitucional no direito brasileiro.....	140
5.2.	Espécies de invalidez das normas infraconstitucionais primárias no Brasil.....	146
5.3.	A omissão inconstitucional no direito brasileiro.....	150
5.4.	Norma constitucional paradigmática e bloco de constitucionalidade no Brasil.....	153
5.5.	O intrincado sistema judicial/repressivo misto de fiscalização da constitucionalidade no direito brasileiro.....	163
6.	Controle jurisdicional difuso da constitucionalidade no Brasil.....	165
6.1.	A legitimidade da <i>judicial review</i> nos juízos monocráticos do sistema brasileiro de Justiça.....	167
6.2.	Declaração de inconstitucionalidade incidental nas ações coletivas de competência originária do juiz singular.....	170
6.3.	Disciplina jurídica da fiscalização constitucional nos tribunais de “apelação”, conforme o Código de Processo Civil de 2015.....	177
6.4.	Possibilidade de fiscalização judicial difusa da constitucionalidade nos tribunais superiores.....	182
6.5.	Incidente de arguição de inconstitucionalidade nos processos de competência originária dos tribunais superiores.....	184
6.6.	Fiscalização incidental da inconstitucionalidade, em sede de recurso especial.....	188
7.	Controle jurisdicional difuso da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.....	193
7.1.	Fiscalização difusa da constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário.....	195
7.2.	Hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.....	197

7.3.	Prequestionamento, como condição para o conhecimento do recurso extraordinário.....	200
7.4.	Incidência da cláusula impeditiva de recursos na propositura do recurso extraordinário.....	202

III PARTE

8.	Adoção gradativa do sistema de precedentes judiciais no Brasil.....	207
8.1.	Incidente de uniformização de jurisprudência.....	212
8.2.	Embargos de divergência nos tribunais superiores e no STF.....	214
8.3.	Instituto da reclamação constitucional para preservação da autoridade do STF (e dos tribunais superiores)	217
8.4.	Cláusula impeditiva de recursos (em geral)	222
8.5.	Sistema de precedentes e o princípio constitucional implícito do (livre) convencimento motivado do juiz.....	224
8.6.	Aplicação autônoma da teoria da transcendência dos motivos determinantes.....	230
9.	Abstrativização do recurso extraordinário.....	238
9.1.	Efeitos das decisões finais, proferidas nos recursos extraordinários, julgado com repercussão geral.....	238
9.2.	Eficácia da decisão final, prolatada em sede de recurso extraordinário, julgado com repercussão geral.....	241
9.3.	Recursos extraordinários repetitivos.....	245
9.4.	A atuação do Senado Federal na retirada de eficácia de norma infraconstitucional primária, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso: mutação constitucional?	250
10.	Súmula vinculante.....	258
10.1.	Competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento em “última instância”, em sede de controle difuso, e, em única instância, em sede de controle concentrado; e a paradoxal diferença de efeitos das decisões finais, prolatadas por meio dos dois métodos de fiscalização judicial da constitucionalidade.....	261
10.2.	A inserção do instituto da súmula vinculante no contexto do fenômeno da abstrativização do controle jurisdicional concreto da constitucionalidade no Brasil.....	266
10.3.	Súmula vinculante e a “afirmação dos princípios constitucionais da isonomia, da democracia e da segurança jurídica”	271
10.4.	Diferença entre a eficácia transcendente, que se agrega aos julgados proferidos em sede de recursos extraordinários com repercussão geral, e efeito vinculante das súmulas vinculantes.....	281

10.5. Impossibilidade de concessão de eficácia transcendente automática às decisões do STF, proferidas em sede de competência originária (diversa da competência para julgar as ações do controle concentrado) e em sede de competência recursal ordinária.....	286
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

IV PARTE

11. O direito sumular vinculante brasileiro e o problema do limite entre o ativismo judicial e a afirmação da força normativa da Constituição.....	299
12. Súmula vinculante e vinculação do legislador (?)	309
12.1. Súmula vinculante não se confunde com norma constitucional paradigmática.....	317
12.2. Conflito semântico entre lei e súmula vinculante antecedente à lei.....	323
12.3. Bloco de legalidade do direito brasileiro <i>versus</i> súmula vinculante.....	331
12.4. Reflexão acerca da supressão ou modificação de súmula vinculante em virtude emenda constitucional.....	338

<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>345</u>
-----------------------	------------

<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>355</u>
----------------------------------------	------------

Introdução

A presente **pesquisa foi dividida em quatro etapas**. A primeira delas consiste na **sistematização dos princípios gerais afeitos à defesa das constituições**, que se instituiu em consequência do constitucionalismo e da criação do Estado constitucional. A segunda etapa tem como objeto de **estudo o complexo sistema judicial de defesa da Constituição do Brasil**, notadamente no que tange à jurisdição constitucional difuso/concreta. A terceira etapa diz respeito ao **impacto do fortalecimento do sistema de precedentes judiciais no Brasil na jurisdição constitucional**. E a quarta etapa guarda relação com a análise da **constitucionalidade do direito sumular vinculante brasileiro**, em face do princípio constitucional da **independência dos poderes**.

Primeiramente, faz-se uma **investigação pouco pormenorizada dos sistemas de defesa das constituições**, adotados por parte significativa dos Estados democráticos de direito, a partir da afirmação do movimento constitucionalista, como expressão jurídica do Estado liberal burguês, que é caudatário das revoluções liberais (Capítulo 1).

Nesse sentido, foram estudados o **constitucionalismo e a democracia representativa**, no contexto do **Estado democrático de direito (constitucional)**; bem como o princípio da **supremacia constitucional**¹ e sua vertente substantiva, que é a **afirmação da força normativa da constituição**, como fundamentos da defesa da constituição – notadamente após o Segundo Pós-Guerra².

Com esse desiderato, fez-se um **estudo tímido dos postulados gerais da fiscalização constitucional no direito comparado** (especialmente nos Estados Unidos, na Europa Ocidental e na América Latina); com **ênfase nos sistemas e métodos** adotados, em alguns Estados, e as soluções gerais apresentadas para garantir a **higidez das constituições** (Capítulo 2). Inclusive, com a **tabulação dos métodos de fiscalização judicial da constitucionalidade**, no bojo do sistema jurídico (*como law e civil law*) ao qual cada Estado adere (Capítulo 3)³.

¹ “*La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, imune a las Leyes ordinarias y más bien determinante, de la valides de éstas, valor superior jurídicamente tutelado, es la más importante creación, com el sistema federal, del constitucionalismo norte americano su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió*”. (GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madri: Civitas, 1995, p. 50/51).

² “À justiça constitucional – cuja generalizada instituição na segunda metade do século XX, nos países democráticos europeus, significou, nas palavras de H. SIMON, “um passo tão revolucionário como a transição do absolutismo ao constitucionalismo” – cabe uma importante tarefa de **concretização e desenvolvimento** do direito constitucional, contribuindo decisivamente para o enriquecimento e o aprofundamento da sua dogmática. Problemas como, por exemplo, os da interpretação da Constituição, seja das regras, seja dos princípios nela condensados, da eficácia das normas constitucionais, do sentido dos princípios expressos e implícitos da Constituição e do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais vêm beneficiando de um notável impulso dos órgãos da justiça constitucional, em particular dos tribunais constitucionais”. (ALVES CORREIA, Fernando. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 24 ss).

³ “*El derecho, salvo en tiempos muy antiguos, se presenta como um cuerpo, o sistema de normas; um sistema formado, segundo las épocas, com criterios diferentes. Dada esta naturaleza sistemática del Derecho, su estudio histórico debe hacerse com respeto por ella, e dicer, sistemáticamente*”. (LEVAGGI, Abelardo. **Manual de Historia Del Derecho Argentino**. 2.ed., Buenos Aires: Depalma, 1998, p.8).

Em um segundo momento, a pesquisa dedicou-se ao **complexo sistema de defesa da Constituição, adotado na República do Brasil, com foco na fiscalização jurisdicional difusa da constitucionalidade**, no qual se insere no fenômeno da abstrativização do controle judicial concreto no direito constitucional brasileiro (Capítulo 5).

Porque esta **pesquisa se dá sobre abstrativização do controle judicial concreto da constitucionalidade** no Brasil, foi feito um recorte epistemológico, através do qual **foi abstraído o estudo do sistema político de defesa da Constituição**, posto que o objeto desta investigação científica é pertinente ao sistema judicial de controle da constitucionalidade brasileiro.

Da mesma forma, **não se estudou a jurisdição constitucional abstrato/concentrada brasileira** – a qual se faz alusão, em diversos capítulos da tese, somente com a finalidade de contextualizar o júri, tendo em vista que este trabalho versa sobre um fenômeno que se deu em um ordenamento jurídico estrangeiro (brasileiro) – qual seja, **a abstrativização do método de fiscalização judicial concreta da constitucionalidade**, e que a súmula vinculante se insere neste mesmo método de controle jurisdicional da constitucionalidade (Capítulo 6).

O **fortalecimento do sistema de precedentes** na experiência jurídica brasileira, que provocou a **abstrativização do controle judicial concreto da constitucionalidade** (Capítulos 8 e 9), no âmbito da jurisdição constitucional, constitui a terceira etapa da pesquisa; com enfoque no **papel do direito sumular vinculante neste processo** (Capítulo 10), e no possível aceno do Estado brasileiro ao sistema jurídico da *common law*, sem significar ter havido um abandono da tradicional opção do Direito brasileiro pela família da *civil law*⁴.

A **jurisprudência do STF**, num primeiro momento, e o **Congresso Nacional** (Código de Processo Civil de 2015), depois, **emprestaram conteúdo substantivo ao requisito da transcendência da matéria** para aferição da **cláusula de repercussão geral** (a relevância é o outro critério) – sem a qual não se conhece o **recurso extraordinário** – ; no sentido não só de ter a repercussão geral natureza de **condição de procedibilidade recursal**, mas também – e, principalmente – de o recurso extraordinário, julgado com repercussão geral, ter **eficácia transcendente** (Capítulo 9).

O entendimento de que **a cláusula de repercussão geral implica em eficácia transcendente** dos julgados, prolatados em sede de **recurso extraordinário**, ajudou a **desnudar o instituto da súmula vinculante**, tendo em vista que tornou evidente a **diferença entre um sistema jurídico edificado em precedentes** (recursos extraordinários julgados com repercussão geral), e **um sistema no qual o Poder**

⁴ “Ora, só esta impositação do fundamental – em que se nos fez claro um muito relevante momento de aproximação dos ordenamentos de *Civil Law* e de *Common Law*: a progressiva sobressaliência em ambos de um estilo de pensamento orientado pelo problema – nos oferece uma base firme para se sublinhar devidamente o lugar da justiça no direito (e ainda aqui, todavia, com salvaguarda da assinalada especificidade detectável nos dois sistemas), sem nos vermos forçados a prescindir da ideia de segurança”. (PINTO BRONZE, Fernando José. **Continentalização do Direito Inglês ou Insulinalização do Direito Continental? Dissertação elaborada e apresentada no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Comparadas. 185661-Doutoramento em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 1982, p. 165).**

Judiciário edita normas com alta carga de abstração e generalidade (direito sumular vinculante), a exemplo do que se fazia no Direito português, através do instituto dos assentos (vide tópico 10.4).

É que o propósito desta pesquisa não é somente estudar a súmula vinculante, embora **o direito sumular vinculante pareça ser o fator preponderante no processo brasileiro de adoção do sistema de afirmação de precedentes judiciais**, em sede de jurisdição constitucional difusa (Capítulo 10). Daí por que **se estudou também a transcendência da eficácia dos julgados provenientes de recursos extraordinários com repercussão geral** – que se constituiu no verdadeiro **signo da adoção da doutrina stare decisis** pelo direito brasileiro (vide tópico 9.2).

Diante desse contexto, **não se pode prescindir da reflexão sobre a hipótese de revogação do art. 52, X da Constituição do Brasil** (vide tópico 9.4), por **mutação constitucional**, no que tange à **prerrogativa do Senado Federal de suspender a eficácia lei**, declarada inconstitucional em última instância pelo STF, como o fito de emprestar **eficácia erga omnes e efeito vinculante** às decisões do Tribunal, proferidas no controle difuso.

Esta reflexão aliada à transcendência da eficácia dos julgados do recurso extraordinário com repercussão geral foram fundamentais para que a pesquisa avançasse (vide tópico 11.4), **no sentido de delinear a eficácia e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal**, consoante as **competências originárias** – para julgar **ações diretas** de constitucionalidade e as **desafetas da jurisdição constitucional abstrato-concentrada** – e **recursais** – **ordinária** e **extraordinária** – do Tribunal (Tópico 10.5).

Ademais, a investigação **concentrou-se no direito sumular vinculante e seu papel no ativismo judicial**, protagonizado pelo STF (capítulo 11); bem como na possibilidade de **a súmula vinculante poder vincular o legislador** (capítulo 12), de forma transversa. Sem embargo de se perquerir se o mesmo poderia se dar com os julgados proferidos em sede de recurso extraordinário com repercussão geral.

Ao fim ao cabo, em havendo **possibilidade de o Poder Judiciário**, por seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal –, **editar súmulas vinculantes**, com alta carga de abstração e generalidade, **típicas da atividade legiferante do Poder Legislativo**, tornar-se-á indubitosa a **inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45/2004** – no que toca ao instituto do direito sumular vinculante, no Brasil –, por suposta **violação à cláusula pétrea**, qual seja, a que proíbe a deliberação de proposta de **emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes**.

I Parte

I. Considerações gerais sobre a defesa da Constituição

Os diferentes sistemas de defesa da constitucionalidade, a evolução dos sistemas de fiscalização constitucional no tempo, os métodos do controle jurisdicional, adotados na Europa e nos Estados Unidos, a análise do controle no direito comparado, a origem da defesa da constituição e o papel do constitucionalismo, a sua afirmação do movimento constitucionalista na História, bem como o estudo das experiências jurídicas pertinente ao tema impõem a sistematização dos princípios que norteiam a defesa da constituição, cujo estudo se mostra relevante, em face do objeto deste trabalho.

Contudo, como o objetivo desta pesquisa não é a formulação de uma teoria geral do controle de constitucionalidade, limita-se aqui a compilar traços gerais das experiências jurídicas atinentes à fiscalização constitucional, nos Estados do Ocidente.

A defesa da constituição é desdobramento natural do movimento constitucionalista. Nesse diapasão, o controle da constitucionalidade de leis, de atos normativos e de atos públicos, em geral, tem seu surgimento umbilicalmente ligado ao princípio da supremacia constitucional, que tem a rigidez das constituições como corolário⁵.

Cogitou-se desse tema, a partir do início do século XIX, tendo sido o século XX marcado por grande evolução teórica e prática dos sistemas e métodos de defesa da constituição⁶.

⁵ “Hodiernamente, Constituição Rígida é um conceito jurídico-formal neutro: consiste naquela que dispõe de um procedimento solene de transformação, quando comparado com o rito das normas infraconstitucionais”. (Duarte Neto, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: Estudo da organização constitucional brasileira**. 285 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. 2009).

⁶ “Como se ve claramente, las transformaciones que se han producido a lo largo del siglo XX no son de escasa importancia. Por ello, las hemos tomado como auténticos pasos de una forma de Estado a otra, del Estado de derecho al Estado constitucional, de un tipo histórico de constitución a otro, de la constitución liberal a la constitución democrática. Y no existe duvida de que se trata del paso de una situación en la que la ley - en cuanto expresión de la voluntad general y en cuanto necesario y casi exclusivo instrumento de garantía de los derechos – es sustancialmente incontrolable, a una situación en la que el control de constitucionalidad de esa ley se hace práctica común, caracterizando de manera ordinaria da vida de las democracias contemporáneas, también para tutelar los derechos que están ahora fundados directamente en la constitución”. (FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y constitución**. (FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**, p. 38).

No decorrer da experiência jurídica pertinente à fiscalização constitucional, destaca-se tanto a elaboração de teses jurídicas a partir de julgados⁷, quanto juridicização de teses construídas na doutrina⁸, com a inserção de normas pertinentes ao tema nos textos constitucionais contemporâneos.

Dentro da ideia de uma teoria da defesa da constituição, percebe-se que os Estados passaram a prever sistemas distintos de controle de constitucionalidade, dividindo-se, em sistema político e sistema jurisdicional de controle; independentemente da prevalência, em alguns Estados, do controle preventivo, e, em outros, do controle repressivo. Daí a ressalva de que não necessariamente o controle preventivo será político, e nem o controle repressivo será jurisdicional.

É sintomático que os mecanismos de defesa da constituição guardam estreita ligação com a correlação entre os princípios da supremacia da constituição e de supremacia do parlamento⁹, com a concepção que cada Estado tem da teoria da tripartição dos Poderes, bem como do sistema jurídico ao qual se filia cada sociedade politicamente organizada na forma estamental.

⁷ “Marbury v. Madison, portando, gira em torno da nomeação de Marbury a juiz de paz realizada por Marshall e não entregue pelo seu sucesso Madison, sendo que os dois últimos eram de partidos opostos e estavam inseridos em um ambiente político de elevada animosidade. Embora o *Judiciary Act* de 1789 claramente previsse a concessão do *writ of mandamus* pela Suprema Corte, Marshall estava ciente de que se deferisse, havia grande chance de tal decisão não ser cumprida por Madison, já que estava instruído por Thomas Jefferson a refutar eventual ordem da Corte nesse sentido. Ou seja, a ordem judicial seria deliberadamente desrespeitada e a Corte pouco poderia fazer a respeito. Além de gerar um desgostoso embate institucional que não favoreceria a nação recém-criada, a concessão do *writ of mandamus* desprestigiaria a Corte e sua autoridade, diminuindo a influência dos federalistas no seio do Poder Judiciário. Sendo assim, a opção de Marshall foi a de reconhecer o direito de Madison, mas não conceder o writ, asseverando que a lei que o previa era inconstitucional. Portanto, a Corte afirmou o seu poder de *judicial review* e julgou nulo o dispositivo do *Judiciary Act* de 1789 que lhe conferia o poder de emitir o *writ of mandamus*, aduzindo que o rol constitucional de competências e ações originárias da Suprema Corte era exaustivo. Apesar dos elogios e aplausos de parte da doutrina quanto ao caráter corajoso e libertário do precedente, alguns estudiosos asseveram que a decisão de Marshall foi um recuo estratégico para o dilema em que ele estava inserido. Ao mesmo tempo em que não se indispôs com o Executivo com a ordem de mandamus, ainda estabeleceu as bases para um novo poder da Corte, ainda mais incisivo e que não constava da Constituição, o *judicial review*”. (Mazotti, Marcelo. **Jurisdição constitucional e ativismo judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense**. 143 f. Tese [Mestrado em Direito do Estado]. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2012).

⁸ “Contra esse entendimento, destaca-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional defendida por Kelsen, e que influenciou a Corte Constitucional austríaca, caracterizando-se como constitutiva a natureza jurídica da decisão que a reconhece”. (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220).

⁹ “A Inglaterra, em verdade, foi o ambiente propício ao desenvolvimento da teoria da soberania parlamentar e, depois das reservas feitas por John Locke, encontramos o seu mais claro intérprete em Blackstone, de quem é a conhecida afirmação: ‘o que o Parlamento faz, nenhuma autoridade sobre a terra pode desfazer’”. (REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2000, p. 351).

I.1. Constitucionalismo e a ressignificação do Estado democrático de direito

As revoluções liberais, vivenciadas nas sociedades ocidentais, entre os séculos XVII e XIX, culminaram tanto com o fim do Absolutismo na Europa, quanto com a independência das colônias europeias nas Américas¹⁰, com destaque para independência dos Estados Unidos¹¹. É que as bases teóricas dos movimentos revolucionários, que serviram de argumentos políticos para questionar o Antigo Regime, acabaram por pôr em xeque o pacto colonial, dada a inter-relação entre Absolutismo e colonialismo. Com isso, o Estado liberal burguês¹², cujos fundamentos jurídicos estão no constitucionalismo – expressão jurídica dessas revoluções –, passou a ser o modelo de organização política das sociedades da Europa ocidental e das Américas.

Com o advento do Estado democrático de direito – expressão jurídica do Estado liberal burguês¹³ –, a soberania popular sepultou a ideia do poder de origem divina, que fundamentava os governos da realeza. Desde então, o poder passou a ser do povo, e a dever ser exercido em nome do povo e para o povo. Era triunfo da democracia liberal burguesa – expressão política das revoluções liberais.

Nesse ambiente, os ideais contratualistas constituíram-se nas bandeiras das revoluções liberais¹⁴. O liberalismo político reivindicava menos Estado e mais sociedade

¹⁰ “Las revoluciones latinoamericanas de la independencia del siglo XIX recibieron el influjo de los sucesos que llevaron a la declaración de independencia de Estados Unidos de Norteamérica (en adelante Estados Unidos) y a la caída del absolutismo en Francia. En uno y otro lado del Atlántico esos procesos produjeron en la filosofía política y en las concepciones jurídicas que hoy perduran”. (ORTEIZA, Eduardo. *EL PROBLEMA DE LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN AMÉRICA LATINA*. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* – Buenos Aires, República Argentina, 2007, Año VI – n. 10, p. 9/10).

¹¹ “Em 18 de setembro de 1787, logo após ser promulgada por seus elaboradores, uma cópia da Constituição estadunidense foi enviada de navio para a Grã-Bretanha. O fato é simbólico para demonstrar o impacto que essa prática constitucionalista teria ao redor do mundo”. (MEYER, Emílio Peluso Neder. **Um Processo de Desmistificação: Compreendendo Criticamente o Constitucionalismo Estadunidense**. RDU, Porto Alegre, vl. 15, n. 83, 2018, 9-32, set-out/2018, p. 12).

¹² “... se é verdade que não pode chamar-se, propriamente, liberal, um Estado que não reconheça o princípio democrático da soberania popular, ainda que limitado ao direito de uma parte (mesmo restrita) dos cidadãos darem vida a um corpo representativo, é ainda mais verdadeiro que segundo a concepção liberal do Estado não pode existir democracia senão onde forem reconhecidos alguns direitos fundamentais de liberdade que tornam possível uma participação política guiada por uma determinação de vontade autônoma de cada indivíduo”. (BOBBIO, Norberto e outros; trad: Carmem C. Varriale. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 10. ed. 1997, vl 1, p. 324).

¹³ “Antes de mais, Estado de Direito democrático traduz a confluência de Estado de Direito e de democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito aos direitos das pessoas”. (MIRANDA, Jorge, **Comentário ao art. 2º**, In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2. ed., vl I, 2017, p. 75).

¹⁴ “O contratualismo não apenas uma teoria global, conceptualmente elaborada sobre as origens da sociedade e do poder político, e, por conseguinte, sobre a natureza racional do Estado. Na história medieval e moderna o contrato é também amiúde um fato histórico, ou seja, parte integrante de um processo político que leva ao CONTRATUALISMO (V.) e, em especial, à necessidade de limitar o poder do

– menos impostos, direito de ir e vir, liberdade de opinião, liberdade de reunião, liberdade de organização, e participação política na feitura das leis e dos atos executivos de governo (democracia representativa)¹⁵. Eram os ventos da liberdade, no dizer de Hegel¹⁶, que não mais toleravam um poder político que não fosse do povo.

Não por acaso, a Revolução Francesa, que foi a mais abrangente das revoluções liberais, teve como lema a liberdade, a igualdade e a fraternidade. A liberdade abarcaria todas liberdades públicas: liberdade econômicas (para contratar, comprar, vender, negociar, produzir, etc.), as liberdades civis (direito de ir e vir, de se expressar, de se organizar, de se reunir, de não ser preso e nem processado sem justa causa) e as liberdades políticas (direito de se organizar politicamente, de votar, de ser votado, de reivindicar o poder, de participar das decisões políticas, enfim, direito de governar)¹⁷.

A igualdade, em sua forma embrionária, era tida como igualdade perante a lei (igualdade formal), acepção tipicamente burguesa (igualdade entre desiguais): contudo, para o proletariado, ainda sem consciência de si e destituído de qualquer força política, antes a igualdade formal do que igualdade nenhuma¹⁸. Sob esta ótica, a igualdade formal

Governo por meio de um documento escrito que estabeleça os respectivos e recíprocos direitos e deveres”. (BOBBIO e outros, **Dicionário de Política**, vl1, cit., p. 281).

¹⁵ “Parte da função do contrato social na tradição de Locke, Rousseau, Kant e, mais recentemente, Rawls é justamente a de acomodar este aspecto da ideia de democracia. Para além do ideal de um acordo social unanime está a concepção de que o modo apropriado de determinar os princípios do governo e da sociedade é o de perguntar o que poderiam mutuamente aceitar pessoas livres e iguais como condições das suas relações políticas e sociais”. (BRITO, Miguel Nogueira. **A Constituição Constituinte: Ensaio Sobre o Poder de Revisão da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 167/168).

¹⁶ “Tomando em consideração que Hegel viveu e teorizou numa ‘conjuntura duradoura na Europa da madrugada dos nacionalismos, (...) em particular na Prússia e na Alemanha pós-napoleônicas’, que ‘a Revolução Francesa (foi) o fermento que activou o (seu) pensamento’, e que a constituição do Estado-Nação da Alemanha (era) o objetivo político da maior intelectualidade germânica contemporânea, o mais conforme o ‘espírito do tempo’, compreende-se que, para Hegel, o ‘verdadeiro Estado representaria algo de transpessoal, seria espírito objetivo, seria a realidade da ideia moral’ e que a Constituição fosse a ‘estrutura objetiva de um organismo político’, o ‘princípio de unidade de uma sociedade’ ou o ‘fundamento da unidade estadual’”. (VEIGA, Paula. **O que faz um Presidente da República um Presidente Republicano?** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 115/116)

¹⁷ “O interesse pela liberdade política, em diferentes momentos históricos, concentrou-se na Liberdade de religião, de palavra e de imprensa, de associação (religiosa, política e econômica) e de participação no processo político (sufrágio). A ideia de Liberdade política foi ampliada a fim de satisfazer aos anseios da liberdade econômica, de ‘Liberdade da necessidade’, de autodeterminação nacional, etc.”. (BOBBIO, Norberto e outros; trad: Carmem C. Varriale. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 10^o ed. 1997, vl 2, p. 708).

¹⁸ “Desde um punto de vista teórico-práctico, la interrelación entre principio de igualdad y democracia se articula sobre una base funcional, ya que la principal función que puede ejercer el principio da igualdad en la sociedades democráticas constituye el principal contrapeso e limite frente al abuso de la regra da la mayoría al impedir que ésta pueda tratar de forma distinta e discriminada a cualquier minoria”. (GAVARRA DE CARA, Juan Carlos. **Contenyo e Función del Término de la Comparación en la Aplicación del Pincípio de Iguald**. Barcelona: Editora Araznzadi, 2005, p.34).

cumpria uma etapa na afirmação dos direitos de igualdade. E, por fim, a fraternidade, entre os estamentos da sociedade, e também entre os povos¹⁹.

A legitimidade democrática do poder era uma questão essencial para o movimento constitucionalista, eis o porquê de o constitucionalismo ter se afirmado ladeado com o regime político democrático²⁰. É que o constitucionalismo é conseqüência da democracia liberal burguesa. Só se apreende o constitucionalismo a partir da consolidação dos princípios da soberania popular (legitimação do poder), da democracia (exercício do poder, que advém do povo, e que em nome dele [povo] e para ele [povo] deve ser exercido), da participação política (cidadania), do pluralismo político (liberdade de organização política) e da limitação do poder – divisão orgânica do poder, num primeiro momento, e divisão espacial do poder, com o surgimento da Federação Americana²¹ –, além de um catálogo de direitos, dotados de fundamentalidade – de forma a proteger o indivíduo, daqueles que exercem o poder em nome dela da sociedade²².

Os ideais de democracia, liberdades civis e políticas, igualdade, fraternidade, cidadania, soberania popular e pluralismo devem constar das constituições dos Estados democráticos de direito²³. Daí exsurge a ideia de Estado democrático de direito constitucional, pois o fundamento jurídico dos Estados democráticos é a constituição, que os cria e os limita, exatamente para proteger a sociedade, daqueles que exercem o poder²⁴.

Nesse sentido, até (e inclusive) o legislador, pode abusar do poder que exerce. Então o princípio da legalidade já não seria mais suficiente para identificar o Estado democrático de direito, tendo havido uma ressignificação deste princípio, pelo qual não bastava a legalidade a regular a conduta dos atores da sociedade politicamente organizada

¹⁹ “A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e nações subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão de direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 13. ed., 2000, p. 569).

²⁰ “A Constituição é uma invenção destinada à democracia, exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Heremênutica e Teorias Discursivas da Possibilidade. A necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2. ed., 2008, cit., p. 21).

²¹ “O processo de ratificação contou com assembleias nos Estados eleitas especialmente para esse feito, consolidando o novo regime constitucional com o aceite de nove dos treze Estados”. (MEYER, cit., p. 13).

²² “Historicamente, mesmo antes de sua formulação sistematizada, em um documento escrito, estes eram os únicos aspectos versados nas leis de natureza constitucional. A Constituição compunha, tão-somente, de elementos orgânicos. Não foi senão após a revolução francesa que a elas se incorporou um elemento novo: os direitos fundamentais”. (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed., 1996, p. 93).

²³ “Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade”. (MIRANDA, **Comentário ao art. 2º**, in: MIRANDA e MEDEIROS, **Constituição Portuguesa Anotada**, VI I, cit., p. 75).

²⁴ “... a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das majorias”. (STRECK, **Verdade e Consenso**, cit., p. 17).

(o Estado), passou a ser necessário uma legalidade consoante a Constituição, compreendida esta como um conjunto normativo, que deve dispor sobre a forma de Estado, a forma de governo, o sistema de governo, o regramento sobre os meios de aquisição, exercício e perda da representatividade política, possibilidade real de alternância no poder, e sobre direitos e garantias fundamentais²⁵.

O constitucionalismo ressignificou o Estado democrático de direito a partir da ressignificação do princípio da legalidade²⁶. Assim, percebe-se o movimento constitucionalista, como um movimento jurídico de afirmação da democracia como regime político, pelo qual se formula as constituições democráticas, que disciplinam o Estado democrático de direito (constitucional). Entendido isto, tem-se que a constituição democrática, que funda o Estado e que institui os poderes estatais, também é a constituição, que garante os direitos fundamentais dos membros da sociedade política, ao limitar o poder do próprio Estado²⁷. O Estado democrático cria o direito e o direito limita o seu criador, o Estado (e os governos). É a legalidade constitucional. Eis porque a defesa da constituição decorre do constitucionalismo, para preservação do próprio Estado democrático de direito (constitucional) e da democracia, como valor, princípio e fundamento do Estado liberal burguês²⁸.

1.2. Supremacia da Constituição e a ideia de rigidez constitucional

Consoante já se constatou, o constitucionalismo consolidou a ideia de Estado democrático de direito (constitucional), que tem como pedra angular as constituições democráticas a disciplinar as sociedades políticas democraticamente organizadas, após o triunfo das revoluções liberais, dos séculos XVII, XVIII e XIX.

Destas revoluções liberais, três se destacam: a Inglesa, por seu pioneirismo; a Francesa, por trazer consigo a ideia de universalidade das liberdades públicas; e a Americana, por ter influenciado os movimentos de independência da América Espanhola,

²⁵ “A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente, de onde derivam as *possibilidades* e os *limites* do Direito Constitucional, como forma de atuação social”. (BARROSO, **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, cit., p. 1).

²⁶ “*Las necesidades de distribución territorial del poder, y las exigencias jurídicas del pluralismo político no se satisfacen con el Estado legal. A la supremacía de la ley se sucede la supremacía de la Constitución*”. (GARCIA PELAYO, M. **Estado legal y Estado constitucional de derecho**. Obras Completas, TIII. Madri; SEC, 1991, p. 3035).

²⁷ “Afirma-se a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos estes contratualmente com base na liberdade política e nas liberdades individuais e assim se define a possibilidade de **rea lição jurídica** dos direitos do homem, traçando o sentido da mudança – cujos marcos históricos mais significativos viriam a ser as Revoluções Americana e Francesa. (VEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 4^o ed., 2009, p.20).

²⁸ “A Constituição, já se teve oportunidade de assinalar, é um sistema de normas jurídicas, ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas, e traça os fins públicos a serem alcançados”. (BARROSO, **Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, cit., p. 75).

e porque foi nos Estados Unidos que surgiu a primeira constituição contemporânea, na forma de documento jurídico-político codificado.

As doutrinas contratualistas influenciaram sobremaneira as constituições contemporâneas; sendo a Constituição dos Estados Unidos da América emblemática, tanto pela afirmação do Estado democrático de direito (constitucional)²⁹ – que tem o regime democrático, como valor, princípio e fundamento do próprio Estado –, quanto pela consolidação do princípio da supremacia da constituição³⁰, que é corolário do movimento constitucionalista – em sua acepção genérica.

É sabido que no Reino Unido não se adotou o princípio da supremacia constitucional, embora lá se tivesse consolidado a primeira democracia liberal burguesa da contemporaneidade, em cuja organização do Estado estão os ditames políticos liberais³¹. É que a Revolução Liberal Inglesa, ao não destronar de fato a realeza britânica, acabou por mantê-la na chefia do Estado; e por dotar a Câmara dos Comuns, de todo o poder político-governamental, inaugurando a experiência jurídica do sistema parlamentarista de governo.

Na pactuação política britânica, coube à nobreza ser representada na Câmara dos Lordes, edificando o bicameralismo parlamentar, em que pese o gabinete governamental seja extraído somente da Câmara dos Comuns, *locus* onde é abrigado, porque é na Câmara baixa que se toma as decisões de governo.

Consoante já constatado, o constitucionalismo britânico não foi capaz de consolidar na Inglaterra o princípio da supremacia constitucional, razão por que a Constituição do Reino Unido não é codificada, tendo tomado forma em documentos jurídicos esparsos e sendo classificada como uma constituição flexível, haja vista o princípio da supremacia do Parlamento, adotado pelos britânicos³².

Em França, mesmo com os reis decapitados, a Revolução, que teve a Queda da Bastilha como o seu ápice³³, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do

²⁹ “A separação dos poderes viria ser um dos elementos centrais do constitucionalismo norte-americano, ao lado do federalismo e do *judicial review*”. (MEYER, cit., p. 16).

³⁰ “O mais importante, contudo, seria reconhecer que a *supreme law of the land* e que, por sua ocupação e o dever do Judiciário dizer o que é direito, cabe a ele reconhecer o império constitucional sobre os atos ordinários”. (Idem, cit., p. 22).

³¹ “No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito”. (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional / vol. 58/2007 / p. 129 – 173 / Jan – Mar / 2007, p. 135).

³² “Mas mesmo que se cedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de jurisdição constitucional no sistema inglês”. (Idem, p. 135).

³³ “A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil,

Cidadão, de 1789, como um dos maiores contributos de um povo para a Humanidade³⁴; o liberalismo político burguês só se consolidou mesmo, em 1848, quase seis décadas após o 14 de julho de 1789, e quase quatro décadas após o 18 Brumário, que levava Napoleão Bonaparte ao poder³⁵.

Não obstante isso, o princípio da supremacia constitucional vige em França, contudo, porém não na mesma forma que vige nos Estados Unidos, face à desconfiança histórica da sociedade política francesa para com a sua magistratura³⁶. Ambiente no qual, seria impossível a adoção do *judicial review*, a exemplo do que aconteceu nas Américas e nos demais Estados da Europa Continental³⁷.

Resta evidente que a supremacia constitucional e a supremacia parlamentar são necessariamente antagônicas, ainda que ambas sejam produto do movimento do moviemnto constitucionalista. Na sua versão mais radical, o princípio da supremacia do parlamento inadmite a fiscalização da constitucionalidade das leis, como acontece no Reino Unido – pois, ainda que haja a *judicial review* entre os britânicos, o há apenas para aperfeiçoamento do direito pelas cortes judiciais, nunca para declarar a invalidade de uma norma produzida pelo parlamento. Ao passo que, na versão mais branda do princípio da supremacia do parlamento, se admite em França um sistema de defesa da Constituição –

bem como o momento em que a burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28).

³⁴ “Pretendendo lançar os fundamentos de uma nova ordem social, a França revolucionária produz em nome da Razão Universal, a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. De 1789, em que afirma solenemente que qualquer sociedade que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição (artigo 16º.) ”. (VIERIA DE ANDRADE, cit., p. 23).

³⁵ “Os **revolucionários franceses** prosseguirema três tarefas fundamentais: formação do Estado liberal, garantia dos direitos fundamentais e separação dos poderes no Estado. No entanto, o pensamento político-constitucional francês **durante e após o momento revolucionário** foi complexo e diversificado. Vários foram os motivos para que tal contribuíssem, seguramente, o facto de que **a voz** não ser uníssona. A par dos defensores do antigo regime, numa reinterpretação de Montesquieu e defendendo o direito da história e da tradição, emergem os democratas, que, em nome da razão, consideravam a soberania popular o único princípio da legislação, surgindo ainda uma posição intermediária, protagonizada pelos liberais, que tendiam, baseando-se no mito da constituição inglesa, para um compromisso entre a monarquia e a nação. Com efeito, a ‘crise revolucionária’ que se seguiu ao processo pós-revolução ‘dividiu profundamente o país: democratas e absolutistas, monarquistas e republicanos, conservadores e socialistas, partidários da religião de Estado e partidários da Igreja livre no Estado livre, etc’...” (VEIGA, cit., p. 58).

³⁶ “Si bien em tiempos del absolutismo, en Francia, los jueces desarrollaron mayores poderes interpretativos ello despertó la desconfianza a la cual luego me referiré”. (ORTEIZA, cit., p. 12).

³⁷ “Las situaciones reseñadas revelan problemas agudos de carácter institucional que conviven con – o tienen causa em – una forma de cultura política no dispuesta a aceptar que el Poder Judicial ejerza su función de control, de defensa de los derechos individuales y de interpretación constitucional”. (Idem, cit., p. 8).

em evidente alusão ao princípio da supremacia constitucional –, mas não se admite a *judicial review*³⁸.

Importa, voltar à Revolução Americana, posto que é dela que emerge a primeira constituição contemporânea, e é nos Estados Unidos que o princípio da supremacia constitucional exsurge, a partir de uma decisão da Suprema Corte; tendo em vista ter a sociedade política norte-americana, herdado o sistema jurídico do *common law*, no qual não só o direito é construído, aprioristicamente, por decisões judiciais concretas, que servem de paradigmas para as decisões futuras; como também não há qualquer entrave ao *judicial review*, o que possibilita que as Cortes de Justiça revejam as leis votadas pelo Congresso³⁹.

A combinação de alguns fatores: constituição escrita (e codificada) e supremacia da constituição (e rigidez constitucional), por um lado; *judge made law*, *stare decisis* e *judicial review*, institutos herdados do *common law*, dos colonizadores ingleses, por outro lado; propiciou que nos Estados Unidos surgisse o controle judicial da constitucionalidade, como mecanismo de defesa da Constituição⁴⁰.

A doutrina jurídica igualmente teve inegável contribuição na arquitetura do princípio da supremacia constitucional, e no seu princípio apendicitário, que é o da rigidez das constituições. Destacam-se aqui os estudos acerca da validade das normas, elaborados por Kelsen⁴¹, para quem as normas buscam fundamento de validade na norma que lhe é imediatamente superior, dentro de uma escala piramidal, em que no topo da

³⁸ “ (...) *les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inâmes qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De L’esprit des Lois: defense de L’esprit des Lois**. Paris: Ernest Flammarion, 1926, Livro XI, Cap. 6).

³⁹ “*Although the common in the United States took its own path, it was heavily influenced by its English inheritance. In the seventeenth century, the law within each colony was mixture of scripture and common law understandings brought by settlers and based on what familiar with at home*”. (TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to End**. Cambridge: University Press, 2006, p. 13).

⁴⁰ “Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando o julgamento do caso Marbury v. Madison pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea”. (BARROSO, **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**, cit., p. 135).

⁴¹ “A análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que a outra é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem”. (KELSEN, Hans; tradução de Luís Carlos Borges. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 181).

pirâmide figura a constituição de um Estado, que é fundamento de validade último de todas as normas do ordenamento jurídico⁴².

É dizer, pelo princípio da supremacia constitucional, os Estados constituem um ordenamento jurídico, e em cada Estado, é a constituição que ocupa o topo deste ordenamento, sendo (a constituição) condição de validade para as demais normas jurídicas (concretas ou abstratas) – que agregadas e escalonadas na forma piramidal compõem o ordenamento como um todo –, no que diz respeito às normas postas⁴³.

⁴⁴E a constituição, por seu turno, tem como fundamento de validade uma norma hipotética fundamental⁴⁵, que não é uma norma posta, mas sim pressuposta, e que dá a ela (constituição) o seu fundamento de validade. Ou seja, dentre as normas postas, é a constituição o fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico⁴⁶; ao tempo em que (a constituição) tem sua validade fundada na norma hipotética fundamental – que nos dias de hoje, poderia ser entendida como o direito comunitário e/ou a ordem internacional dos direitos humanos.

Nesse desenho científico de validade das normas jurídicas, a doutrina jurídica cuidou para que cada norma, na medida em que ocupasse lugar de maior destaque na escala de validade de normativa, fosse produzida por órgãos mais importantes dentre os órgãos constitucionais (ou legais); e para que a edição (da norma) se desse através de

⁴² “A concepção normativa de Constituição tem em Kelsen seu representante mais ilustre, ainda que não o único. Por concepção normativa entende-se o conjunto de normas estabelecidas de uma só vez, de forma absoluta, exaustiva e sistemática, e que tem por fim a regulamentação do Estado e de seus mais diversos órgãos. É concepção que retira seu fundamento da crença da possibilidade de uma planificação e racionalização da organização política, e na transformação de todo e qualquer problema do mundo fenomênico em um modelo abstrato”. (DUARTE NETO, cit.)

⁴³ “O primeiro elemento em comum é a consolidação do conceito jurídico-normativo da Constituição enquanto norma jurídica vinculante e hierarquicamente superior às demais. Nessa ótica, o legislador ordinário que contradiz as previsões constitucionais não desobedece somente à enunciação de princípios políticos, mas viola normas juridicamente superiores”. (DIMOULIS, Dimitri. **A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia – um caso de “ativismo judicial” na Europa do século XIX**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 1 jan./jun. – 2003, p. 215).

⁴⁴ “Em face das normas constitucionais e no contexto global da Lei Fundamental, deve entender-se que existe uma cláusula geral de recepção plena (é esa a opinião quase unânime, o que não significa que os Autores dela retirem idênticos corolários)”. (MIRANDA, **Comentário ao art. 8º**, in: MIRANDA e MEDEIROS, **Constituição Portuguesa Anotada**, vl I, p. 122).

⁴⁵ “Se perguntarmos porque a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração”. (KELSEN, Hans; tr. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, cit., p. 181).

⁴⁶ “Em seu sentido material, a supremacia erige-se sobre o seu próprio conteúdo, que lhe confere a primazia de encimar um dado ordenamento. É a lei fundamental de um Estado, porque organiza as suas próprias competências, criando, regulamentando e limitando seus órgãos de decisão, além de fundamentar, com a ideia de Direito, as mais diferentes instituições. Por isso, uma ofensa a tais regras, fatalmente afetar a integridade do próprio Estado”. (DUARTE NETO, cit., p. 285).

métodos mais solenes, também na proporção em que aumentasse a importância das normas dentro do escalonamento normativo de validade⁴⁷.

Na escala piramidal de validade das normas, quanto mais uma norma é condição de validade para as normas inferiores, mais solene é o processo de sua produção e reforma, e mais destacado é o órgão de onde a norma emana⁴⁸.

No que diz respeito às normas constitucionais, reformadoras da constituição, e as leis (ordinárias ou complementares), tem-se que o órgão responsável pela produção normativa geralmente, é o mesmo, o parlamento. No primeiro caso, o parlamento atua investido do poder constituinte reformador⁴⁹; e no segundo caso, no exercício de uma de suas funções precípua ordinárias, que é legislar. Assim, o órgão produtor das duas categorias de normas é o mesmo, mas o método para produção de uma ou de outra espécie normativa é diferente.

É que a doutrina se socorreu da diferenciação dos métodos de produção de norma jurídica, com o fito de tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional, revelando sua vertente substantiva⁵⁰. Para se editar uma emenda constitucional, deve ser obedecido um método mais solene do que o utilizado para se produzir leis. Destarte, afirma-se a supremacia constitucional pela técnica da rigidez constitucional, segundo a qual a produção das normas infraconstitucionais (leis) obedece a rito menos solene do que o da edição de emendas constitucionais⁵¹.

Incontestemente é que os Estados, que adotam o princípio da supremacia constitucional, têm constituições rígidas e, por conseguinte, têm mecanismo de defesa da constituição, haja vista ser a constituição o fundamento de validade das normas que lhes são

⁴⁷ “Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se. Entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos”. (BARROSO, **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**, p. 136).

⁴⁸ “O caráter incompleto da Constituição pode se dever a que *não seja necessária* uma norma Constitucional. A Constituição não codifica, apenas regula – e muitas vezes só de forma pontual e em termos gerais – aquilo que parece importante e precisa ser determinado; tudo o mais dar-se por suposto, tacitamente, ou se deixa para o restante do ordenamento jurídico, conformar e concretizar”. (HESSE, Konrad. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. Trad; Inocêncio Martires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88).

⁴⁹ “*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo e forma da própria existência política*”. (SCHIMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editora Alianza, 1992, p., 94.)

⁵⁰ “Dado que a Constituição engloba as características de abertura e amplitude de uma parte com a presença de disposições vinculantes de outra, é claro que o ponto decisivo reside precisamente na *polaridade desses elementos*. Daí que a questão acerca da ‘rigidez’ ou ‘mobilidade’ da Constituição não se ponha em forma alternativa, mas, antes, como um problema de coordenação ‘correta’ desses elementos. (HESSE, **Conceito e peculiaridade da Constituição**, cit., p. 93).

⁵¹ “Se se dificultam as reformas constitucionais numa Constituição que deixa pouco espaço para a mutação, então resulta efetivamente correto, falar-se de uma Constituição ‘rígida’; [...]”. (**Idem**, p. 95).

imediatamente inferiores, via de regra, as leis. O contrário disso também é verdadeiro: Estados com constituições flexíveis não têm como princípio a supremacia constitucional e, por isso, não têm mecanismos de controle de constitucionalidade, e nem rigidez constitucional. Como o já mencionado exemplo do Reino Unido⁵².

Além do aspecto formal do princípio da supremacia constitucional, que é a técnica da rigidez constitucional, destaca-se o aspecto material deste princípio, no que diz respeito a sua razão de ser, que é o de ser o fundamento da defesa da constituição democrática e dos valores por ela abarcados: soberania popular, cidadania, liberdades públicas, dignidade da pessoa humana, direitos e garantias fundamentais; e democracia, como valor, princípio e fundamento do Estado democrático de direito (constitucional), em uma acepção de democracia como governo de todos⁵³.

1.3. Tensão entre defesa da Constituição e o princípio democrático

Do princípio da supremacia constitucional, próprio das constituições rígidas, decorre a necessidade de haver dispositivos constitucionais a disciplinar mecanismos de defesa da Constituição⁵⁴. Não raro os sistemas de defesa da constituição tensionam com o princípio democrático, tanto por conta do dogma da separação dos poderes, quanto pela confusão que se faz entre princípio democrático e critério majoritário para tomada das decisões de governo nas sociedades democráticas. A rigor, a tensão entre defesa da constituição e o princípio democrático ocorre mais acentuadamente na hipótese de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade.

Destarte, há muitos mecanismos de defesa da constituição que se dão antes da entrada em vigor da norma jurídica infraconstitucional, sejam mecanismos que ficam a cargo do próprio parlamento, sejam mecanismos que competem ou ao chefe do Poder

⁵² “Em diferentes conformações, os sistemas de constitucionalidade ganharam o mundo, estando presentes hoje em número elevado de países. Até países que recusavam terminantemente a adoção de jurisdição constitucional parecem dar sinais, por vias diversas, de plena aceitação do instituto. [...]. Também o Reino Unido vem dando mostras de uma revisão de conceitos. [...]. Embora não declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização. Daí identificarem-se também no Reino Unido os contornos de uma jurisdição constitucional de caráter geral ou não especializada”. (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 958 e ss).

⁵³ “At the same time, the world has witnessed the rapid spread of constitutionalism and judicial review. Constitutional supremacy – a concept that has long been a major pillar of the American political order – is now shared, in one form or another, by over one hundred countries and several supra-national entities across the globe. Constitutional courts in many of these countries have been responsible for translating these constitutional provisions into practical guidelines to be used in daily public life. The migration of constitutional concepts and structures has become a global phenomenon”. (HIRSCHL, Ran. **The Rise of Constitutional Theocracy**. Cambridge: Harvard International Law Journal. v. 49, out. 16, 2008. p. 73).

⁵⁴ Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas Constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição”. (BARROSO, **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**, p. 132).

Executivo ou a órgãos similares aos tribunais constitucionais, ou até mesmo aos tribunais constitucionais. São hipóteses de controle preventivo da constitucionalidade, nas quais a tensão com o princípio democrático é menor ou é inexistente⁵⁵.

Como se viu no tópico anterior, a rigidez constitucional é a técnica pela qual se afirma o princípio da supremacia constitucional. Onde não há constituição rígida, não há supremacia da Constituição. No Reino Unido, por exemplo, muito embora o direito seja elaborado essencialmente pelos juízes e pelas cortes de justiça⁵⁶, razão por que não há embaraço algum relativamente ao *judicial review*, não se tem técnica alguma de defesa da Constituição, porque, além dos textos constitucionais britânicos não se consolidarem num único documento escrito, vigora na Grã-Bretanha o princípio da supremacia do parlamento.

Nesse sentido, o Poder Judiciário constrói o direito, através do julgamento de casos, pelo o que uma norma editada pelo Parlamento (*act*)⁵⁷ pode até ser revista por uma *Court of Justice*, mas jamais no sentido de se declarar a invalidez da norma, e sim no sentido de se promover a evolução do direito (*law*)⁵⁸. Ademais, o Parlamento britânico pouco legisla, haja vista o Reino Unido ser o berço do *common law*⁵⁹. Contudo, nada obsta que o Parlamento possa desfazer uma norma de natureza constitucional, consolidada pelo sistema judicial britânico, na condição de *stare decisis*; vez que, não vige no Reino Unido o princípio da supremacia da Constituição e nem o da rigidez constitucional – a Constituição britânica é flexível e não codificada.

Desta feita, não causa perplexidade que um caso histórico – e, portanto, emblemático – de controle judicial da constitucionalidade tenha se dado nos Estados

⁵⁵ “El Poder Judicial convive con los restantes poderes del Estado en coyunturas que reflejan un desapego a los propósitos y a la lógica que se desprende de una razonable interpretación de los acuerdos básicos de una democracia y de las reglas y principios insertos em los textos constitucionales”. (ORTEIZA, cit., p.6).

⁵⁶ “La doctrina del *stare decisis*, tributaria de la importancia asignada a las decisiones precedentes para decidir casos futuros, encuentra sus primeros antecedentes en la Inglaterra de 1177”. (*Idem*, p. 10).

⁵⁷ “Luego del **Bill of Rights**, el Parlamentó sancionó cuatro leyes importantes. En 1689, la Ley da Tolerancia Religiosa (**Toleration Act**) eximió a los súbditos protestantes disidentes de la aplicación e leas penas previstas em leyes anteriores sancionadas desde el reinado de Isabel I. Em 1694, la Ley Trienal (**Triennial Act**) estableció que el rei no podia dissolver discricionalmente el Parlamento, que debía convocarse a elecciones parlamentarias cada três anos, y que el período de sesiones era trienal. En 1695 fui eliminado el sistema de la licencia previa para publicar, lo cual fue decisivo em la marcha para establecer un régimen de liberta de prensa”. (BIANCHI, Alberto B. **Historia de la Formación Constitucional del Reino Unido**. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009, 1º ed., p. 137).

⁵⁸ “El *Stare decisis* es coherente con la continuidad y el pragmatismo que Sartori utiliza al caracterizar las democracias anglo-americanas”. (ORTEIZA, cit., p. 11).

⁵⁹ “É conhecida a singularidade da história sócio-política e também jurídica da Inglaterra e a enorme influência que esse fator desempenhou na emergência e modelação de um direito diferente do continental e justamente caracterizado, na metafórica palavra de GALWORTHY, “*by its smell of fine old cheese*”. Basta que se refira, a este propósito, a temporalmente longínqua centralização da administração da justiça nos tribunais reais de Westminster e a (ainda) medieva constituição de fechadas (e, por isso, mais do que simplesmente pedagógicas, autenticamente mistagógicas) associações de *lawyers* (os *Inns of Court*) donde viriam a sair os *judges* para aqueles *Courts*: [...]”. (PINTO BRONZE, cit., p. 131/132).

Unidos⁶⁰. Pois, dentre os fatores que contribuíram para o pioneirismo dos Estados Unidos estão: a sociedade americana ter formação histórica e cultural britânica, por conta da colonização, incluindo-se aí à adesão ao sistema jurídico da *common law*; e a adoção do princípio da supremacia da Constituição, pelo direito constitucional ianque⁶¹.

Ao terem herdado dos ingleses o sistema jurídico do *common law*, o direito dos Estados Unidos (*law*) deveria ser, como foi, edificado pelas Cortes de Justiça⁶², sendo consequência natural, portanto, que um caso histórico tenha inaugurado o controle da constitucionalidade na Federação Americana⁶³. E mais, como os Estados Unidos são adeptos do sistema do *common law*⁶⁴, era previsível que a Constituição Americana fosse sintética⁶⁵, e que não houvesse nela qualquer regramento acerca da defesa da Constituição⁶⁶. Eis por que o controle judicial da constitucionalidade surgiu nos Estados

⁶⁰ “En Estados Unidos la Corte Suprema inauguró en 1803 el control de constitucionalidad en el famoso caso *Marbury vs. Madison*”. (ORTEIZA, cit., p. 11).

⁶¹ “É claro que essa reconstrução do balanceamento entre os poderes teria efeitos para o constitucionalismo em todo o mundo. Um rico e incisivo debate teria início na filosofia política, na teoria da Constituição e no direito constitucional sobre a legitimidade do *judicial review*, colocando em discussão os próprios limites do constitucionalismo”. (MEYER, cit., p. 22).

⁶² “La declaración de independencia de Estados Unidos de 1776 no significó un abandono del sistema del *common law* sino su adaptación al nuevo constitucionalismo”. (ORTEIZA, cit., p. 10/11).

⁶³ “O caso *Marbury vs Madison* estabeleceu uma nova e importante função para a *Supreme Court* e para os outros tribunais federais e, nesse sentido, não pode ser visto como um simples e rotineiro procedimento judicial. (...). Mas verdade é que a essa altura este caso não foi visto como uma pretensão no sentido de se declarar a suprema autoridade do poder judicial em matéria de interpretação constitucional. Basta ver que de 1803 a 1857 só uma lei federal foi controlada. No caso em questão, *Dred Scot v. Sandford* (1857), a lei em causa – que não reconhecia a cidadania norte-americana aos escravos e aos seus descendentes (fossem eles ainda escravos ou homens livres) e que, concomitantemente, determinava que a Constituição federal não se lhes aplicava e que eles não podiam litigar em tribunal – não seria delcarada inconstitucional. A afirmação plena, e consequentemente expansão, da *judicial review* só se daria já no século XX, mais concretamente por ocasião da aplicação da legislação do *New Deal* do Presidente Roosevelt”. (URBANO, cit., p. 64).

⁶⁴ “La **common law** a été formée par les juges, qui avaient à résoudre des litiges particuliers, et elle porte aujourd’hui encore, le manière flagrante, la marque de cette origine”. (DAVID, René. **Le Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)**. Paris: Dalloz, 3. ed, p. 26).

⁶⁵ Sobre a tendência das constituições sintéticas no *common law*, Paulo Ferreira da Cunha critica: “É que para um jurista comum continental seria uma enorme dor de cabeça ter de estudar, além do texto constitucional, ainda que curto, a imensidão de casos concretos ocorridos em tribunal e as respectivas sentenças que, se versando sobre matéria constitucional evidentemente se inserem no estudo do Direito Constitucional e têm de ser conhecidos para invocação prática”. (CUNHA, Paulo Ferreira. **Direito Constitucional Geral**. Porto: Quid Juris, 2013, 2^o ed., p. 67.)

⁶⁶ “A Constituição de 1787 foi econômica na estruturação do Judiciário [...]. Isto talvez tenha sido devido a fatores de suspeita em relação aos juízes coloniais...” (MEYER, cit., p. 20).

Unidos, em um julgado da Suprema Corte⁶⁷, porquanto vige lá o *judge made law*⁶⁸, outro instituto jurídico gestado no *common law*⁶⁹.

É dizer, foram os postulados do *common law*, oriundos de uma sociedade que não tem como princípio a supremacia da Constituição, que permitiram o surgimento da fiscalização judicial da constitucionalidade, por qualquer juízo dos Estados Unidos, ressaltando que o caso histórico se deu em um julgado da Suprema Corte, por uma questão de competência jurisdicional, e não mais que isso.

Somente foi possível o surgimento do controle judicial da constitucionalidade nos Estados Unidos, exatamente por força da supremacia constitucional, princípio adotado pelos “pais fundadores”⁷⁰, em contraposição incontestável a supremacia do parlamento, de sua antiga metrópole. E nisso é inegável o contributo do movimento constitucionalista, forte nos Estados Unidos, não por acaso, e sim porque a Independência deles está imersa no contexto das revoluções liberais.

Se não foi difícil a aceitação da invalidação de uma lei, aprovada pelo Congresso Americano, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, devido à combinação dos *judge made law* e do *judicial review* com o princípio da supremacia constitucional⁷¹, o mesmo não se pode dizer dos Estados adeptos do *civil law*, mormente os da Europa Ocidental. Exceto a Grécia – que, no limiar dos séculos XIX e XX, mesmo sendo um Estado que adota o direito legislado, edificou seu mecanismo de defesa da Constituição, pelos seus tribunais, e só, posteriormente, o positivou em suas constituições⁷² –, e Portugal – que importou o mecanismo de defesa da Constituição, pelo sistema judicial de método difuso, por conta da inspiração de sua primeira Constituição republicana (a de 1911), na Constituição do Brasil de 1891, que já houvera importado os mesmos sistema e método

⁶⁷ “A Suprema Corte estadunidense ganhou primazia com o decorrer da aplicação da Constituição, uma aplicação que deveria se dar inclusive em oposição à legislação estatutária que lhe fosse contrária”. (*Idem*, p. 20).

⁶⁸ “*Resulta un concepto usualmente aceptado em el derecho anglo-americano la noción de ‘judge made law’, que no obstante su relatividad, tiene una alta aceptación cultural como nota caracterizante del derecho anglo-americano*”. (ORTEIZA, cit., p.6).

⁶⁹ “*El rescate del pasado es un sintoma que tanto se manifiesta (en los sucesos de 1688-1689 en Inglaterra y en Estados Unidos en 1776) en el concepto de revolución como en la construcción de los pilares del ordenamiento jurídico*”. (*Idem*, cit., p. 11).

⁷⁰ “A tutela das minorias através do controle da constitucionalidade foi tida em consideração pelos *Founding Fathers*, designadamente por Alexander Hamilton (que se preocupou, por exemplo, com as condições de vida dos escravos negros) e James Madison. Impotentes, perante a vontade maioritária, expressas nas leis do Parlamento, restaria e resta às minorias a proteção de um outro órgão de soberania, capaz de anular leis discriminatórias. Esta é uma função que tem vindo a ganhar bastante importância em sociedades pluralistas e inclusivas abertas à heterogeneidade social, racial, étnica, religiosa e cultural, operando o controlo da constitucionalidade, como reserva das minorias. (URBANO, cit., p. 27).

⁷¹ “El prestigio de la Corte Suprema constituyó el soporte necesario para la consolidación del *judicial review*”. (ORTEIZA, cit., p. 11).

⁷² “A Grécia é um país pequeno com um idioma que, para os demais, é quase inacessível. Nem por isso justifica-se o esquecimento de que o controle de constitucionalidade das leis foi introduzido neste país já na última década do século XIX, de forma similar ao ocorrido nos EUA”. (DIMOULIS, cit, p. 213).

da Constituição dos Estados Unidos⁷³ –; todos os demais Estados europeus só vieram a adotar o sistema judicial de controle da constitucionalidade, após a construção dogmática Kelseniana, quando da promulgação da Constituição da Áustria de 1920 (e de sua Reforma Constitucional de 1929)⁷⁴.

Kelsen concebeu um arranjo jurídico doutrinário, de modo afastar a discussão sobre a legitimidade da defesa jurisdicional da Constituição – em razão do método jurisdicional e do órgão de jurisdição ordinária –, tanto em relação a tripartição dos Poderes, quanto relativamente ao princípio democrático⁷⁵. Na arquitetura jurídica do jurista de Viena, a Constituição Austríaca instituiu um órgão, o Tribunal Constitucional, exógeno ao Poder Judiciário, com competência jurisdicional diversa da ordinária e exclusiva para julgar, em abstrato, a validade das leis infraconstitucionais em face do texto constitucional⁷⁶.

Dessa forma, ao guardião da Constituição competia defender o texto constitucional, dos atos emanados dos órgãos instituídos pela própria Constituição, de forma a garantir a supremacia constitucional, que, em Kelsen significa que a constituição é o fundamento de validade de todos os atos normativos de um determinado ordenamento jurídico, cujas normas estão escalonadamente organizadas, em forma piramidal.

Para Kelsen, o princípio democrático estruturava a Constituição, daí por que não poderia ser democrática uma lei, que afrontasse o texto constitucional posto, mesmo tendo sido votada pela maioria do Parlamento⁷⁷. E quanto à fiscalização constitucional das

⁷³ “É assim que a Constituição de 1911, por influência da Constituição repulibcana brasileira de 1891 – que estabelece um sistema de controle importado dos Estados Unidos –, introduz entre nós, um sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, “difuso” ou “desconcentrado”, atribuído unicamente aos tribunais ordinários”. (QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 291).

⁷⁴ “La Constitución austríaca (1920, con las adaptaciones de 1929) que inició el camino del reconocimiento de la justicia constitucional tuvo por mentor a Kelsen. Esa experiencia en forma limitada en el tiempo fue seguida por Checoslovaquia (1920), Alemania (1925) y España (1931). Su efetivo desarrollo tuvo lugar después de terminada la segunda guerra mundial. Así Austria (1945), Italia (1948) e Alemania (1949), vuelven a la vida democrática y establecen el sistema de control constitucional. Su inclusion representa el reconocimiento del valor de los derechos fundamentales y su necesaria preservación frente a potencial avances de coyunturales mayorías”. (ORTEIZA, cit., p. 14).

⁷⁵ “Tal supuesto lleva a definir ciertas pautas mínimas, al menos, da aquello que entendemos por democracia. Una de las descripciones de sus componentes básicos que ha logrado mayores adhesiones de los cientistas políticos es la de Dahl, quien identifica los siguientes: (i) autoridades públicas electas, (ii) elecciones libres y limpias; (iii) sufragio universal; (iv) derecho a competir por los cargos públicos; (v) libertad de expresión; (vi) información alternativa, y (vii) derecho a formar asociaciones con autonomía”. (idem, cit., p. 4).

⁷⁶ “En su opinión con la creación de la Corte Constitucional se buscó encontrar un punto de convergencia entre el derecho continental europeo, basado en la ley, y el anglosajón, fundamentado en la tarea del juez. La legitimación democrática de los jueces surge evidente ya que así ha sido resuelto por el Poder Constituyente originario, máximo generador de legitimidades y titular de la expresión de la voluntad popular en su máximo nivel”. (ORTEIZA, cit., p. 19).

⁷⁷ “Bickel destaca que la dificultad radical de otorgar poder a los jueces para descalificar normas dictadas por los restantes poderes del Estado reside en su carácter contramayoritario: ‘El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente que la democracia, y ésa e la razón para poder hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático’. (BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme**

emendas constitucionais, estas serão válidas na medida em que não afrontem os princípios estruturantes do Estado, previstos na Constituição⁷⁸. Assim, pretendia o Mestre de Viena solucionar o problema da legitimidade dos mecanismos de defesa jurisdicional da Constituição, em face do princípio democrático⁷⁹.

Entrementes, mesmo após a contribuição científica de kelsen, alguns Estados, notadamente a França, continuaram a rejeitar o sistema jurisdicional de defesa da Constituição, muito por conta da desconfiança histórica da sociedade francesa para com os seus juízes⁸⁰, mas também em razão do princípio de democrático e do dogma da divisão orgânica do Poder. Esses são os motivos pelos quais a França, mesmo após a Reforma Constitucional de 2008, que deu ao Conselho Constitucional o poder de fazer controle repressivo da constitucionalidade, continua a rejeitar o *judicial review*, até porque o Conselho Constitucional não tem natureza de tribunal constitucional⁸¹, porque não se utiliza do método jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade e porque, geralmente, atua antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico.

Há uma confusão dogmático-doutrinária entre o critério majoritário e o conceito de democracia. Confunde-se o critério majoritário, como técnica jurídica de decidibilidade, para a tomada de decisões de governo nas democracias, com a democracia

Court at The Bar of Politics [1962], Yale University Press, consultada la segunda addiccion de 1986, ver especialmente el primero capitulo el titulo *The Counter-Marjoritarian Difficulty*, pp. 16 y ss). Ante a la objeccion planteada por Bickel (que luego el propio autor intentó superar) se há sostenido que una de las funciones primarias de la Constitución es establecer derechos que constituyen barreras a las decisiones mayoritarias. La Constitución no es sólo um procedimiento democrático de tomada de decisiones apoyado en um sistema de selección por voluntad de la sociedad civil sino también um acuerdo que exige respetar derechos individuales". (ORTEIZA, cit., p.17).

⁷⁸ "A questão do controle das políticas públicas envolve, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu às decisões sobre o investimento de recursos e às opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas". (BARROSO, **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**, p. 142).

⁷⁹ "La representación directa del lesgislador no evita que pueda dictar normas opuestas a la Constitución, lo cual la simple experiencia confirma que ocurre. El juez que no goza de una representación directa, salvo excepciones de elección por voto popular, también puede desinterpretar la Constitución. El problema reside en que el juez tiene la atribución de decir que el legislador se há apartado de la norma constitucional. Em términos muy simples el juez da la última palabra em materia constitucional". (ORTEIZA, cit., p. 20).

⁸⁰ "Montesquieu los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza ni el rigor de la ley misma (*De L'Esprit des Loix*, 1748, consultada la traducción de Estévanez, Nicilas, Editora Porrúa, 1990, Libro XI, **De la Constitución de Inglaterra**, p. 104)". (Idem, p. 12).

⁸¹ "L'effort doctrinal de légitimation du príncipe de la justice constitutionnelle, par la démonstration de sa conformité à l'exigence démocratique, n'est que le préalable nécessaire à la légitimation de l'organce chargé remplir, cette mission juridictionnelle: le Conseil constitutionnel. Afin de s'imposer comme contrôleur légitme de la constitucionalité des lois, il es impératif que le Conseil constitutionnel apparaisse sous les traits d'un juge indépendant du povoir politique. (...). Le considérer comme un organe politique ou comme un juge n'implique pas, en effect, le mêmes perspective de développement". (DESAULNAY, Olivier. **L'application de la Constitution para la Cour de cassation**. Paris: Daloz, 2009, p. 764).

em si⁸². Ora, democracia é governo do povo. Compreendido o povo, como todo o povo. Democracia não é governo de vencedores. Aliás, nenhuma democracia legitima o alijamento dos vencidos pelos vencedores. Eis o motivo pelo qual inexistem democracia se não houver direito de oposição, alternância no poder e pluralismo político⁸³.

O direito de oposição é garantido pelas constituições democráticas⁸⁴, seja pela composição proporcional dos parlamentos, seja pela previsão de direitos das minorias parlamentares, notadamente o direito de fiscalizar a maioria. A alternância no poder deve ser garantida também pelas constituições democráticas⁸⁵, possibilitando a oposição chances reais, não apenas jurídicas, de ascensão ao poder. Por isso, não se tolera o esmagamento dos vencidos; e, para isso, as eleições devem ser periódicas, e os mandatos políticos limitados, no tempo. Por fim, não se cogita de democracia, se na constituição não há possibilidade de organização legítima das diversas correntes de pensamento político e programático (pluralismo político)⁸⁶. Mas isso não é tudo.

Não se concebe como democrática uma sociedade politicamente organizada, na qual os direitos das minorias não sejam garantidos pela constituição⁸⁷. Da mesma forma, não é democrática uma sociedade política, em que as maiorias desorganizadas não estejam protegidas por direitos fundamentais. Ora, entendidos os direitos fundamentais, como mecanismo de contenção do poder estatal, mormente os direitos civis; e entendidos os direitos políticos como direitos dotados de fundamentalidade, exatamente, para

⁸² “Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário”. (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, n. 1, 2012, p. 23-32, p. 32).

⁸³ “A jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco”. (*Idem*, p. 34).

⁸⁴ “Uma vez que o princípio de liberdade e igualdade tende a minimizar a dominação, a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria. Pois a dominação pela maioria do povo distingue-se de qualquer outra dominação pelo fato de que ela não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a minoria), mas também porque, politicamente, reconhece sua existência e protege seus direitos”. (KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1. ed. brasileira, 1993, p. 182/183).

⁸⁵ “*The minimum content of the democratic state has not changed: it is constituted by guarantees of basic freedom, by the existence of competing parties, by periodic elections with universal suffrage, by decisions taken collectively, or as a result of compromises... Or taken on the basis of the majority principle, or as a result of public debates, between the the different factions, or between the allies of a governmental coalition*” (BOBBIO, Norberto. **The future of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 56).

⁸⁶ “Seu princípio é o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei, como direitos ou liberdades humanas fundamentais. É através do respeito a esses direitos que as minorias são protegidas contra o domínio arbitrário das maiorias. Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão”. (KELSEN, **A democracia**, cit., 183).

⁸⁷ “O princípio de maioria não é, de modo algum, idêntico ao domínio absoluto da maioria, à ditadura da maioria sobre a minoria. A maioria pressupõe, pela sua própria definição, a existência de uma minoria; e, desse modo, o direito da maioria implica o direito de existência da minoria. O princípio de maioria, em uma democracia, é observado apenas se todos os cidadãos tiverem permissão para participar da criação da ordem jurídica, embora o seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático, por ser contrário ao princípio de maioria, excluir qualquer minoria da criação da ordem jurídica, mesmo se a exclusão for decidida pela maioria”. (KELSEN, **Teoria Geral do Direito e de Estado**, cit., p. 411).

garantir o pluralismo político, a alternância no poder, e o direito de oposição; há que se ter mecanismo de defesa da constituição, de forma que o poder, exercido pelos representantes da sociedade política organizada, seja limitado e possa ser contido⁸⁸.

Se a constituição de uma sociedade politicamente organizada é uma constituição democrática⁸⁹; então a defesa desta constituição – ainda que ostente natureza contramajoritária, haja vista invalidar uma decisão da maioria parlamentar, e desde que se preste a proteger direitos fundamentais, individuais e/ou coletivos dos membros desta sociedade (contra essa decisão) – será igualmente democrática⁹⁰. O que não é democrático é a maioria exercer o poder, que pertence a toda a sociedade política, contra direitos fundamentais de segmentos da própria sociedade, sejam eles majoritários (maioria desorganizada) ou minoritários⁹¹.

A concepção jurídica de democracia como governo do povo, exercido pelo povo – através dos seus representantes, nas democracias representativas⁹² (modal das democracias de massa) – e para o povo; entendido o povo como toda a sociedade (cidadãos, ou não – as crianças, por exemplo), afasta qualquer ilação acerca da ilegitimidade da fiscalização judicial da constitucionalidade, mesmo a difusa. É dizer, a contemporânea aceção de democracia, em seu mais amplo sentido – inclusivista, principalmente –, dirime qualquer tensão entre defesa da constituição, de uma sociedade política democraticamente organizada, e o princípio democrático⁹³.

⁸⁸ “Em verdade, Constituição, Estado e Direito em sociedades abertas e pluralistas são, por um certo prisma, conceitos extremos, os quais, na raiz da democracia, fazem a conservação, a justificação e a plenitude da autoridade, da segurança e do comportamento”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 344).

⁸⁹ “Una ‘teoría científica de la democracia’ solo puede ‘mantener’ que esta forma de gobierno trata de realizar conjuntamente la libertad e la igualdad de los individuos e que, se estos valores han de ser realizados, la democracia es el medio idóneo para ello, lo que implica que si son valores distintos de la libertad e la igualdad de miembros individuales de la comunidad, como, por ejemplo, el poder de la nación los que an de ser realizados, la democracia puede no ser la forma de gobierno adecuada”. (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Has Kelsen y La Norma Fundamental**. Madrid: Marcial Pons, 1996, 197).

⁹⁰ “Uno de los argumentos e ese propósito es que ‘el principio de mayorías responde aún en otro sentido a la idea de libertad política (non de la libertad natural), pues la mayoría presupone, por concepto, una minoría; y el derecho de aquélla implica la licitud de la existencia de esta (KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho*, Mexico, Editora Nacional, 15. ed., 1979 – Trad. L. Legaz Lacambra, p. 412)”. (*Idem*, p. 197).

⁹¹ “Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Já a democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria”. (BARROSO, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, cit., p. 36).

⁹² “Não há teoria constitucional de democracia participativa que não seja, ao mesmo passo, uma teoria material da Constituição. Uma teoria cuja a materialidade tem os seus limites jurídicos de eficácia e aplicabilidade determinados grandemente por um controle que há de combinar, de uma parte, a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios de derradeira instância”. (BONAVIDES, **Teoria Constitucional da democracia participativa**, cit., p. 344).

⁹³ “Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis”. (BARROSO, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, p. 39).

O que legitima a fiscalização jurisdicional difusa da constitucionalidade é a obrigação de motivação/fundamentação das decisões judiciais, que negarem a aplicação uma lei, votada pela maioria do parlamento, em razão da invalidez desta lei, por violação ao texto constitucional democrático. A motivação, de fundamento constitucional (ao menos no Brasil, por exemplo), das decisões judiciais significa que o controle jurisdicional da constitucionalidade também deve se dar sob o influxo do *checks and balances*⁹⁴, de forma a evitar o intolerável “governo dos juizes”⁹⁵.

Se a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade é legítima, com maior razão não se pode duvidar da legitimidade da fiscalização concentrada, mesmo esta se dando em caráter abstrato, porque realizada ou por um órgão judicial de cúpula ou por um órgão de estatura constitucional, como o tribunal constitucional.

A função de legislador negativo dos tribunais constitucionais é tão legítima quanto a função legiferante dos parlamentos⁹⁶. A função de defesa judicial de uma constituição democrática será ilegítima, se a decisão não se fundamentar na própria constituição. Da mesma forma que é ilegítima a lei, que afronte a constituição, ainda que aprovada pela maioria parlamentar⁹⁷.

E o que vai determinar se a defesa jurisdicional da constituição se faz de forma abstrata ou concreta, é o nível de desconfiança histórico-cultural da sociedade politicamente organizada para com a sua magistratura de carreira. Em algumas sociedades políticas, essa desconfiança relativamente aos juizes determina até mesmo, se haverá ou não fiscalização judicial da constitucionalidade.

Em outras palavras, a técnica de decisão política pelo critério da majoritariedade, que é indispensável para feitura de uma lei numa sociedade democrática, não agrega, por si só, a esta lei a qualidade de democrática. É dizer, caso haja violação de conteúdo semântico de uma norma da constituição, ou de uma norma reguladora do processo de

⁹⁴ “O gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes, senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) de faculdade de impedir (*faculté d’empêcher*). (...) Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento – lembra o profundo pensador – são eles compelidos a atuar ‘de concerto’, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir anteceipam já a chamada técnica dos *check and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o Século XVII”. (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 10. ed., 2003, p. 140).

⁹⁵ “Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes”. (BARROSO, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, p. 40).

⁹⁶ “Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”. (Idem, p. 41).

⁹⁷ “A Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional”. (BARROSO, **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**, p. 142).

formação da lei, também prevista na constituição, haverá inconstitucionalidade, e esta lei não será democrática, desde que violadora de preceito de uma constituição democrática.

No mesmo sentido, o caráter contramajoritário da defesa da constituição, pela fiscalização judicial repressiva da constitucionalidade, não induz que seja antidemocrático este mecanismo de defesa da constituição. Ao revés, o sistema de defesa de uma constituição democrática é um instrumento de garantia do respeito ao princípio democrático nos atos infraconstitucionais, normativos ou não, em que pese este sistema de defesa da constituição seja contramajoritário⁹⁸.

1.4. Fiscalização judicial da constitucionalidade e a mutação do princípio da tripartição orgânica do poder.

A *judicial review* é própria da tradição do sistema jurídico anglo-saxônico⁹⁹, posto que desde da Magna Carta, que data de 1215 da Era Cristã, juízes britânicos já haviam estendido aos não nobres os benefícios do habeas corpus¹⁰⁰, instituído naquele documento jurídico-político, como instrumento de garantia de liberdade de locomoção dos nobres, de modo a conter o poder do Rei João Sem-Terra¹⁰¹.

⁹⁸ “Para el derecho continental europeo los intentos hegemónicos del Eje, el genocidio, los millones de muertos que dejó la segunda guerra y los abusos de las mayorías permitieron comprender que la democracia no puede ser reducida a la competencia electoral. La justicia constitucional nació al amparo de un clima que requería la armonización del principio mayoritario con una protección de los derechos constitucionales y de las minorías”. (ORTEIZA, cit., p. 18).

⁹⁹ “On a, en Angleterre et aux États-Unis, une même conception générale du droit de sont role; on connaît de façon générale, en Angleterre et aux États-Unis, les mêmes grands division du droit, on utilise le même concepts, on a une même manière de concevoir la règle du droit. Les catégories **common law, equity, torts, bailment, trusts**, sont celles qu’un juriste des États-Unis, comme une juriste anglais, considère comme naturelles. Le droit, pour un juriste américain comme pour un juriste anglais, est conçu essentiellement sous la forme d’un droit jurisprudentiel; les règles formulées par le législateur, pour nombreuses quelles soient, sont considérées avec un certaine gene par le juriste, qui n’y voit pas le type normal de la règle de droit; ces règles ne sont vraiment assimilées au système du droit américain que lorsqu’elles on été interprétées et appliquées par les cours et lorsqu’il es devenu possible, au lieu de se référer à ells, de se référer aux décisions judiciaires qui les ont appliquées. Quand il n’exist pas de precedent, le jurist américain dira volontiers: **‘There is no law on the point’**”. (DAVID, *Les Grands Systemes de Droit Contemporains*, cit., p. 414).

¹⁰⁰ “Do ponto de vista da história dos direitos, a Magna Carta é marcada pelo alargamento: inicialmente centrada nos direitos dos homens livres, no quadro de uma sociedade estamental, em que os primeiros representariam cerca de 12% da população, alargou-se a todos os ingleses e depois a estrangeiros e apátridas. Na verdade, esses direitos não tinham ainda a marca de serem direitos de todos, nacionais ou estrangeiros e apátridas: o princípio da universalidade em termos de titularidade era então uma miragem”. (LOUREIRO, João Carlos. **Magna Carta, constitucionalismo (s) e justiça (s): entre história e perspectiva – nos 800 anos da Magna Charta Libertatum**. In: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, volume I*. Organizadora: Maria Lucia Amaral. Coimbra, Almedina, 2016. P. 162).

¹⁰¹ “Estava em causa sobretudo a limitação do poder real. Por isso, João Sem Terra terá comentado, depois de subscrever a **Magna Carta**: ‘puseram acima de mim vinte e cinco réis’, alundindo aos vinte e cinco barões que, nos termos da cláusula 61 do documento, seriam eleitos para assegurar o cumprimento das

A Magna Carta marcou a história do constitucionalismo, por ter sido o primeiro documento jurídico-político que se assemelha às constituições contemporâneas. Tendo sido elaborada pela nobreza inglesa, no fim do feudalismo insular, esta consolidação normativa foi assinada pelo Rei, dois séculos e meio antes do fim da Idade Média, sinalizando o início da transição do Feudalismo para o Absolutismo, marcado pela formação de Estados nacionais fortes¹⁰².

A extensão do habeas corpus ao povo apontara inequivocamente no sentido de que o sistema jurídico anglo-saxônico teria no futuro Poder Judiciário, a fonte primária do seu direito. Note-se que estes julgados são muito anteriores à produção intelectual de Locke e Montesquieu¹⁰³, quem, meio milênio depois, desenvolveriam suas teses de divisão orgânica do Poder, como causa e consequência da desconstrução do Absolutismo, regime político que era alicerçado na concentração do exercício do Poder na pessoa do monarca.

Não por acaso, foi nos Estados Unidos da América que a fiscalização judicial da constitucionalidade apareceu pela primeira vez. É que a Revolução Americana foi precipitada por leis (*acts*) do Parlamento Britânico, que aprofundaram a submissão dos colonos à Coroa Inglesa, como o que era natural que os “pais fundadores” viessem a afirmar a supremacia da constituição sobre as decisões do seu próprio parlamento¹⁰⁴.

Oportuno registrar, que na formação do Estados Unidos há forte contributo do contratualismo francês, notadamente do pensamento de Montesquieu¹⁰⁵. Porém, apesar de os “pais fundadores” terem optado por um sistema de governo no qual se apartou

‘liberdades’ e ‘concessões juradas’”. (VIERIA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, cit., p. 22).

¹⁰² “Não falamos propriamente de mecanismos pactícios de domínio, entre os quais se destaca a *Magna Carta* de 1215 – em que o Rei, a par de compromissos concretos, se obrigava a respeitar para sempre um conjunto vasto de ‘direitos’ e ‘liberdades’, como os direitos à vida, à herança, à administração da justiça, à garantia do processo criminal, liberdades de circulação de comércio, etc. –, porque o seu carácter era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades–privilégios aos estamentos sociais (direitos e regalias da Nobreza, liberdades e prerrogativas da Igreja, liberdades e costumes municipais, direitos corporativos), além de que, em rigor, não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações específicas daqueles reis que os subscreviam, sujeitas a confirmação dos seus sucessores” (VIEIRA DE ANDRADE, **Idem**, p. 22).

¹⁰³ “Os precedentes do controle da constitucionalidade das leis existiam, difusos, mesmo na História da Inglaterra ou antes; entretanto, a afirmação dessa doutrina deveu-se, sem dúvida, ao direito norte-americano” (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113/114).

¹⁰⁴ “Já em solo norte-americano, uma razoável confiança no poder judicial associada a uma concepção dinâmica da separação dos poderes, fomentadora de controles recíprocos entre os órgãos, conduzirá a atribuição aos juizes de ‘uma posição neutral, passiva e garantista’, que garantirá neles depositar a tutela dos direitos individuais em face do poder tendenciosamente abusivo das maiorias” (URBANO, cit., p. 1).

¹⁰⁵ “Na Europa Continental, sobretudo por influência do pensamento jurídico francês, fez escola uma concepção de estrita (e estática) concepção da separação dos poderes, a qual preconizava um poder judicial fraco, solução que não poderá deixar de refletir a desconfiança crônica sentida pelos europeus em relação aos seus juizes”. (**Idem**, p. 21).

claramente, as funções legislativa, judicial e executiva¹⁰⁶, a tradição inglesa de protagonismo de juízes e tribunais na produção do direito (*judge made law*, doutrina do *stare decisis*, *case law*, *judge made law*) foi determinante para se criar nos Estados Unidos um ambiente propício à afirmação de um controle judicial de constitucionalidade das leis¹⁰⁷.

É cediço que a Constituição dos EUA é o primeiro texto constitucional uniforme do liberalismo político¹⁰⁸. Neste contexto, é nos EUA que surge a ideia de supremacia constitucional, fundamental para consolidação do poder/dever de fiscalização constitucional das leis, pelos juízes e tribunais¹⁰⁹.

Faz-se importante traçar brevíssima comparação entre a estrutura orgânica do Poder, no Reino Unido e nos Estados Unidos¹¹⁰. No Reino Unido, à época da Independência dos Estados Unidos, já vigia o princípio da supremacia do Parlamento. O governo já era formado por um gabinete extraído da Câmara dos Comuns, sendo o primeiro-ministro o líder da maioria, chefe do gabinete e chefe do governo britânico. Por sua vez, o Poder Judiciário, embora independente e protagonista na construção do direito na Grã-Bretanha¹¹¹, dependia que suas decisões fossem consolidadas por uma fração da

¹⁰⁶ “Nesse sentido, os Pais Fundadores assimilaram o princípio da separação dos poderes assente numa autonomia orgânica e interdependência funcional e não numa divisão de poderes à moda liberal francesa, aparentemente de forma correcta, ou, pelo menos, de modo mais correcto”. (VEIGA, cit., p. 29.)

¹⁰⁷ “*Les règles de la common law d’Angleterre sont aussi peu appropriées que possible aux conditions de vie des colons*”. (David, **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**, cit., p. 406).

¹⁰⁸ “Os grandes pressupostos da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos jurídicos-públicos vêm a ser, primeiro, a existência de uma Constituição em sentido formal, e, em segundo lugar a consciência da necessidade de garantir seus princípios regras com a vontade de instituir meios adequados”. (MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017, p.119).

¹⁰⁹ “No modelo norte-americano, diferentemente, desde o início, o que se pretendeu não foi unicamente proteger o indivíduo face à administração-poder executivo (onde o Estado liberal havia concitado todos os seus temores), quanto, sobretudo, defender a Constituição contra as perversões do próprio poder legislativo”. (QUEIROZ, Cristina. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Petrony Editora, 2017. P.17).

¹¹⁰ “*El sistema de la jurisdicción difusa presenta dos modelos claramente diferenciados: el inglés e el americano. La diferencia fundamental entre ambos está en el referente constitucional americano por el efecto da Constitución de los EE.UU*” (BALAGUER CALLEJÓN, María Luísa. **El recurso de Inconstitucionalidade**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 47).

¹¹¹ “*In the common law world, on the other hand, a world less compelled by the peculiar history and the rationalist dogmas of the French Revolution, quite different attitudes prevail. The common law of England, an unsystematic accretion of statutes, judicial decisions, and customary practices, is thought of as the major source of law. It has deep historic dimensions and is not the product of a conscious revolutionary attempt to make or to restate the applicable law at a moment in the history. There is no systematic, hierarchical theory of sources of law: legislation, of course, is law, but so are other things, including judicial decisions. In formal terms the relative authority of statutes, regulations, and judicial decisions might run in roughly that order, but in practice such formulations tend to lose their neatness and their importance. Common lawyers tend to be much less rigorous about such matters than civil lawyers. The attitudes that led France to adopt the metric system, decimal currency, legal codes, and a rigid theory of sources of law, all in the space of a few years, are still basically alien to the common law tradition*”. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2006, p. 25-26).

Câmara dos Lordes, a partir do que, por força da doutrina do *stare decisis*, os precedentes se tornavam normas cogentes, nas quatro nações britânicas¹¹².

Já nos Estados Unidos, as funções precípua do Estado foram divididas entre órgãos absolutamente distintos, independentes e harmônicos entre si. Assim, a Constituição separou Presidência da República, Congresso e Poder Judiciário. Aliás, a Constituição, em seu texto originário, instituiu a Suprema Corte, como órgão consolidador dos precedentes judiciais, outorgando a este tribunal o poder/dever de consolidar o *stare decisis*.

Este arranjo político constitucional permitiu a afirmação do *judicial review* – mesmo havendo nítida separação dos Poderes nos EUA –, através da atuação jurisdicional do órgão de cúpula do Poder Judiciário, e não por atuação de uma fração de uma Casa do Parlamento, como acontecia no Reino Unido, até a instituição da Suprema Corte Britânica.

E, em que pese a já aludida influência francesa nos EUA, no que tange à divisão orgânica do Poder, a tradição herdada dos britânicos de produção do direito pelos precedentes judiciais prevaleceu sobre as normas produzidas pelos parlamentos, *the acts*. Isso foi fundamental para que, em terras ianques, surgisse o controle judicial da constitucionalidade.

Em contrapartida, na Europa Continental, a fiscalização judicial da constitucionalidade só foi instituída mais de um século após pioneirismo dos Estados Unidos¹¹³. É que o sistema jurídico da *common law* era, e ainda é, próprio do Reino Unido, onde não há controle da constitucionalidade, por não haver supremacia constitucional, mas há *judicial review*, ainda que seja com fim de aperfeiçoar uma norma do Parlamento, *act*.

Enquanto que no continente, nos Estados que adotam o sistema jurídico do *civil law*, havia (e ainda há) uma resistência ao *judicial review*, por conta do respeito quase

¹¹² “No século XIX a Inglaterra forneceu ao mundo o modelo de controle de constitucionalidade. Mas tratava-se, basicamente, de um modelo de tutela política, no qual era atribuído às assembleias políticas o monopólio da fiscalização da constitucionalidade. Não existia aí, qualquer forma de controle ‘judicial’ da constitucionalidade das leis e dos demais atos jurídicos-públicos, dada a supremacia do princípio da ‘soberania do parlamento’ (*parliamentary sovereignty*) que se apresentava como ‘absoluto’”. (QUEIROZ, Cristina, **Justiça Constitucional**, cit., p. 16).

¹¹³ “No seu estado ‘puro’ de fiscalização difusa, concreta, incidental e, em princípio, por via de exceção, este sistema irradiou dos Estados Unidos – por osmose ou não – em vários momentos, para diversos países latino-americanos, no final do século XIX e início do século XX para a Grécia, Noruega, Portugal, a Dinamarca e a Romênia, para a Alemanha de Weimar, para o Japão desde 1946, para a Itália entre 1948 e 1956, ou para Suécia, Dinamarca e Noruega. (...). Em alguns casos, a adaptação ou o funcionamento do sistema levou à concentração em Supremos Tribunais, através de recurso obrigatório ou de outras formas, com reserva ou primado da apreciação da constitucionalidade: Suíça (desde 1874, quanto às leis cantonais, únicas suscetíveis de controle jurisdicional), alguns Estados da *Commonwealth* (como Canadá, Austrália e Índia) e da América Latina, Irlanda, Filipinas, Guiné-Bissau (após 1984)”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 127/128.)

absoluto à teoria da tripartição orgânica dos Poderes, da desconfiança (de origem histórica) das sociedades europeias com a magistratura de carreira¹¹⁴, além também do princípio da supremacia do parlamento, que, por sua vez, se imbrica com o princípio da legalidade, um dos pilares da democracia liberal burguesa.

Por influência brasileira (Constituição de 1891), Portugal adotou na Constituição de 1911, a primeira republicana, o método difuso de controle judicial da constitucionalidade, admitindo, em tese, a *judicial review* no direito luso¹¹⁵. Porém, prevaleceu na Europa continental o método abstrato/concentrado de fiscalização judicial da constitucionalidade, inclusive em Portugal, cujas decisões do controle difuso só tem eficácia transcendente, após o manejo de ações diretas de competência do Tribunal Constitucional¹¹⁶.

Foi através do engenho de Kelsen que o controle judicial abstrato da constitucionalidade foi juridicizado de forma pioneira na Europa, quando, na elaboração da Constituição da Áustria¹¹⁷, foi instituído o primeiro Tribunal Constitucional europeu. Atente-se que Kelsen arquitetou um modelo no qual o tribunal constitucional não pertence ao Poder Judiciário, sobrepondo-se aos Poderes instituídos, uma vez que é o guardião da Constituição, e também seu intérprete¹¹⁸; ao passo que os Poderes constituídos são

¹¹⁴ “*El derecho continental europeo en sus orígenes no asignó una posición de importancia a los jueces*”. (ORTEIZA, cit., p. 12).

¹¹⁵ “O modelo português, que alguns autores consideravam um *tertium genus* é, segundo uma opinião vertida na doutrina portuguesa, ‘uma confluência entre duas culturas jurídicas constitucionais diferentes: da do *judicial review* dos Estados Unidos e a da *Verfassungsgerichtbarkeit* da Áustria”. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional (Tomo I: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade)**, cit., p. 329).

¹¹⁶ “Tratando-se de decisões julgando inconstitucional (ou ilegal) uma norma, a Constituição previu, no entanto, a generalização da sua eficácia. Tal ‘generalização’ pode verificar-se logo que o tribunal julgue nesse sentido em três casos concretos (art. 281º, nº3, CR), mas não se produz automaticamente: a concordância das decisões é apenas um pressuposto da instauração (por iniciativa oficiosa de qualquer juiz do Tribunal, ou então do Ministério Público) de um processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (ou legalidade) da norma em causa, o qual, depois, prosseguirá os seus termos segundo os esquema comum desta forma processual (arts. 81º e 82º LCT) ”. (DA COSTA, José Manuel M Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91.)

¹¹⁷ “A República da Áustria, que substituiu a monarquia juntamente com os Estados tcheco-eslovacos, polonês e iugoslavo, tinha originalmente a Constituição de um Estado originário centralista. A ‘Resolução sobre as instituições fundamentais do poder do Estado, de 30 de outubro de 1918’ – a primeira Constituição provisória da então ainda autodenominada ‘Áustria alemã’ – conferiu todo o poder legislativo a Assembleia Nacional Provisória, e executivo a um Conselho de Estado de vinte membros, eleito dentre o conjunto da Assembleia” (KELNSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins, 2003, p. 5).

¹¹⁸ “Maior repercussão deveria atribuir-se à presença de uma justiça constitucional de amplas proporções que originou o fato de que a prática dos poderes Legislativo e Executivo não seja a única coisa que decida de forma vinculante sobre a aplicação do Direito Constitucional, tudo isso com independência de que uma eventual correção esteja subordinada a recurso ao Tribunal Constitucional, em cada hipótese concreta. (HESSE, Konrad. **Limites da mutação constitucional**. Trad; Inocêncio Martíres Coelho. In: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150).

instituídos pela Constituição e a esta submissos. Esta foi a fórmula encontrada para não se afetar o dogma da divisão orgânica do poder, tão arraigado nas sociedades europeias¹¹⁹.

Após isso, diversos textos constitucionais europeus atribuíram competência para julgar ações diretas de inconstitucionalidade a uma corte constitucional, instituída como órgão de cúpula do Poder Judiciário, incorporando assim o *judicial review* nos Estados da *civil law*, desde que somente o órgão de cúpula do Judiciário (ou um tribunal constitucional apartado do Poder Judiciário) fosse competente para negar a aplicação de uma norma posta pelo Parlamento, ou para declarar sua invalidade.

Recentemente, a França, o mais resistente dos Estados a admitir o *judicial review*, promoveu uma reforma constitucional, pela qual estendeu a competência do Conselho de Estado, para que este órgão não apenas fizesse o controle político/preventivo da constitucionalidade, como também pudesse fazer o controle repressivo. É bem verdade, que, a rigor, não há falar em *judicial review* na França, porque o Conselho de Estado não é órgão judicante e nem se utiliza do método processual para sindicar a constitucionalidade das leis¹²⁰. De qualquer forma, trata-se de uma quebra emblemática da postura política francesa de respeito absoluto às normas postas pelo Parlamento, ao admitir a fiscalização repressiva da constitucionalidade.

Ademais, não custa retomar o tema de que a experiência histórica das repúblicas e das monarquias constitucionais rompeu com a visão estanque de separação orgânica dos Poderes, em razão da função precípua que cada Poder enfeixa em si. Nesse diapasão, identifica-se as três funções precípuas antevistas por Montesquieu, às quais ainda se agregam as funções de fiscalização constitucional, de tomada de contas, e da tutela dos direitos metaindividuais; e permite-se que cada Poder, além da sua função típica, exerça de forma subsidiária funções precípuas de outros Poderes, de forma atípica¹²¹.

O que houve ao longo da experiência jurídica liberal burguesa foi uma mutação da teoria da separação dos Poderes, através da qual se permitiu que cada Poder pudesse

¹¹⁹ “Foi Kelsen, pontífice da Escola de Viena, o arquiteto do sistema de fiscalização constitucional concentrado. Entendia o insigne mestre que a anulação jurisdicional do acto inconstitucional conformaria a mais eficaz garantia da Constituição. Essa competência deveria, no seu entender, ser cometida a um órgão especializado cujas competências estariam fixadas na Constituição, e que, posicionado num estatuto de independência em face do Parlamento e do Governo, exerceria uma função interpretativa e aplicativa do Direito, semelhante a desenvolvida pelo restante dos tribunais, e que só muito circunscritamente assumiria uma vertente criativa”. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional: Tomo I. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade**, cit., p. 329).

¹²⁰ “Aux termes d’une recherche approfondie, A. Sauviat-Canin note que si ‘la jurisprudence judiciaire, à des défrés différents, es sensible aux indications contenue dans les décisions du Conseil constitutionnel (...) cette réceptivité des juges du droit privé ne doit pas s’entendre comme un respect de l’autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel. Il s’agit davantage d’une adhésion éclairée à la constitutionnalisation du droit privé’ (SAUVIAT-CANIN, A. **La jurisprudence judiciaire e las décisions du Conseil constitutionnel**, thèses Linoges, 1993, p. 518)”. (DESAULNAY, cit., p. 719).

¹²¹ “O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem **pode ser feito e é feito de forma legítima** (crf; porém, *infra*). (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 251).

praticar atos inerentes a outro Poder, a partir da formulação do conceito de função precípua, pelo que, a despeito de um Poder ter precipuamente uma função, este Poder pode, de forma excepcional, praticar atos próprios de outro Poder.

Tal mutação foi fundamental também para a inteligência de que as sociedades contemporâneas exigiam que o Estado tivesse funções não previstas na teoria tradicional da divisão orgânica do Poder, tais como: tutela dos direitos meta-individuais, a cargo do Ministério Público; tomada de contas, a cargo das cortes de contas; e fiscalização constitucional das leis¹²².

No que pertine à fiscalização constitucional das leis, tem-se que a mutação de teoria da tripartição orgânica do Poder foi essencial para sua consolidação, eis que sem essa mutação não se poderia ter como legítima a função de legislador negativo, tal qual se tem como legítima a função legiferante. É dizer, o poder/dever de órgãos judiciais para declarar inválida uma lei diante da constituição tem a mesma força do poder/dever do parlamento para elaborar leis.

1.5. Estudo comparado da defesa da Constituição em alguns ordenamentos jurídicos: Estados Unidos, Europa e América Latina

O que vai definir se um Estado disporá ou não de mecanismo de defesa da constituição, qual o sistema de controle da constitucionalidade a ser utilizado, o momento em que se dá a fiscalização constitucional, bem como o método ou os métodos pelos quais os Estados prestam jurisdição constitucional, é a correlação de forças entre os princípios da supremacia constitucional e da supremacia do parlamento.

Com efeito, todas as democracias contemporâneas são causa e consequência do constitucionalismo, apreendido este como um movimento jurídico/político de afirmação do regime democrático. Haverá defesa da constituição onde o constitucionalismo foi capaz de sobrepor o princípio da supremacia da constituição ao princípio da supremacia do parlamento, em que pese os dois princípios sejam fruto (e garantes, ao simultaneamente) do regime democrático representativo. Sociedade políticas nas quais a supremacia do parlamento se sobrepõe à supremacia constitucional: ou não há defesa da

¹²² “A questão da natureza jurídica do Tribunal Constitucional conexas-se também com a **competência e funções** atribuídas a este órgão. Nem toda a actividade desenvolvida por um tribunal constitucional se pode conceber como actividade jurisdicional, havendo que distinguir, segundo alguns autores, entre **decisões materialmente jurisdicionais** e **decisões formalmente jurisdicionais**”. (...). “O controlo da constitucionalidade das normas não teria também toda a mesma natureza: o controlo abstracto seria, essencialmente, uma tarefa de legislação negativa (cfr; porém **infra**); o **controlo concreto** esse seria, na verdade, uma função jurisdicional, justificando-se que só neste caso se pudesse falar de decisões materialmente jurisdicionais”. (**Idem**, p. 680-681).

constituição, como no Reino Unido; ou a defesa da constituição é exclusivamente política, como na França¹²³.

Dentre os Estados que instituíram mecanismos de defesa da constituição, há o que faz controle político, exclusivamente (França); e há os que fazem tanto o controle repressivo/jurisdicional, quanto o controle preventivo/político; e há os que fazem o controle político/repressivo e até os que fazem o jurisdicional/preventivo (Brasil). E ainda, dentre os que fazem o controle jurisdicional de constitucionalidade, há aqueles Estados que o fazem pelo método abstrato/concentrado (Europa continental, exceto da França)¹²⁴, os que o fazem método concreto/difuso (Estados Unidos)¹²⁵, e os que o fazem o controle jurisdicional misto (pelos métodos difuso e concentrado)¹²⁶.

Foram paradoxais as causas que contribuíram para que a fiscalização judicial da constitucionalidade tivesse origem exatamente nos Estados Unidos da América: o fato dos americanos terem tido a primeira constituição escrita/codificada, documento jurídico político próprio do sistema jurídico do *civil law*; e a tradição do *judicial review*, instituto jurídico da *common law*, de fácil aceitação por um país que fora colonizado pelos ingleses.

O controle judicial da constitucionalidade foi inaugurado nos Estados Unidos da América, no caso *Madson versus Marbury*. A decisão do Juiz Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos¹²⁷, foi um marco na história do constitucionalismo mundial. Naquele

¹²³ “De lo que acaba de decirse pareciera desprenderse la idea de que la justicia constitucional es hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad, propicia un ‘gobierno limitado’ por la Constitución, entendida como **riher law**”. (SEGADO, Francisco Fernandez. **La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano**. (extracto del libro: **La Constitución Española en el contexto constitucional europeo**. Editor: Francisco Fernandez Segado, p. 21).

¹²⁴ “En el sistema austríaco-kelseniano, um órgano ad hoc es el encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad, que, diesta forma, es monopolizado por el Tribunal Constitucional”. (Idem, p. 30).

¹²⁵ “La primera reativización que a de ser advertida en relación a esta pareja de binomios caracterizadores de uno e otro sistema, atañe al sistema americano. Recordemos, ante tudo, que la base de todo el derecho de creación judicial, característico de los sistemas e **common law**, se encuentra en la regla del precedente (de ‘rule of procedent’) que fundamenta la obligación que pesa sobre el Juez de atenderse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas como o nosso por los órganos jurisdiccionales con anterioridade (**stare decisis et quieta non movere**)”. (Idem, p. 36).

¹²⁶ “La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido ao processo preexistente de progresiva entre los elementos, supuestamente contra puestos antaño, de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder”. (Idem, p. 22).

¹²⁷ “A Corte Suprema dos Estados Unidos da América também contribuiu, em larga medida, para o desenvolvimento da convicção de que a Constituição é a norma suprema da nação, critério de validade dos demais textos normativos. [...]. Afirmou o Juiz Marshall, em passagem que realça o ponto angular da questão: ‘Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei

episódio, declarou-se a inconstitucionalidade em um incidente de um *writ of mandamus*. Ou seja, a decisão judicial em comento foi típica do modelo americano de jurisdição constitucional, que é o da fiscalização constitucional jurisdicional difusa (incidental).

A tradição anglo-americana do *judge made law*, somada da doutrina do *stare decisis*¹²⁸, aplicada à jurisdição constitucional; além do fundamento utilizado pelo juiz Marshall (relator do processo), tendo tomado como base norma posta na Constituição do Estados Unidos (constitucionalismo e supremacia da constituição), disciplinadora das competências da Suprema Corte; contribuíram para consolidação do método de controle jurisdicional difuso de fiscalização judicial da constitucionalidade nos Estados Unidos.

Tratava-se do provimento de cargos de juiz de paz, que haviam sido criados no fim do governo federalista, que posteriormente seria (como de fato foi) sucedido pela oposição republicana. É que na ocasião da criação desses cargos, era secretário de Estado John Marshall, que mais tarde foi nomeado pelo presidente, cujo mandato estava findando, para ocupar o cargo de juiz da Corte Suprema, na condição de presidente. Entretanto, Marshall, que permanecera no cargo de secretário-geral até o fim do governo federalista, não concluiu sua tarefa de entregar todos títulos de juiz de paz, a quem foi nomeado pelo governo que saía.

Empossado o novo governo, Marbury (um cidadão nomeado juiz de paz pelo governo anterior) foi preterido pelo novo secretário-geral, James Madison, que se negou a fazer a entrega do título a ele, sem o qual ele não poderia ser investido no cargo de juiz de paz. Irresignado, Marbury impetrou *writ of mandamus* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, com o fim de obter a entrega do título pelo secretário-geral, Madison.

Nesse contexto, o sistema *o judicial review* (próprio dos países da *common law*), que os norte-americanos herdaram da Inglaterra¹²⁹; somado ao argumento de que quem pode cotejar normas legais para decidir qual delas incide, em caso de direito intertemporal, deve fazer o cotejo entre lei e norma constitucional, em caso de aferição de validade normativa (supremacia constitucional); foram fundamentais para a decisão do Juiz Marshall, o relator do *writ*.

fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e, assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade” (VIEIRA, Bruno Furtado. **Presidencialismo de Coalização, Medidas Provisórias e Controle de Constitucionalidade na ADIn 4.029. 2013**. 125 f. Tese (Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília. 2013).

¹²⁸ “As a practical matter, the force of the principle of *stare decisis* is inversely related to the extent of the deciding court’s discretion to determine what rule a precedent stand for”. (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 51).

¹²⁹ “The strongly coercitive nature of the English doctrine of precedent is due to rules of practice, called ‘rules of precedent’, which are designed to give effect to the far more fundamental rule that English law is to a large extent based on case-law. Case law consists of the rules and principles stated and acted upon by judges in giving decisions”. (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 3).

Tendo ficado a Suprema Corte, competente, em última instância ou em grau único de jurisdição, pela fiscalização judicial da constitucionalidade, naquele país¹³⁰. Até hoje, os Estados Unidos adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade pelo método difuso¹³¹. Eis por que tal modalidade de controle é também denominada de método americano de controle de constitucionalidade.

O Juiz Marshall (ex-secretário-geral do governo anterior), relator do *writ*, em voto curioso (por ter aventado a possibilidade do manejo do remédio jurídico e apesar de ter chegado a adentrar no mérito, tendo inclusive opinado sobre a liquidez e certeza do direito)¹³², declarou a incompetência da Suprema Corte para processar e julgar o *writ*, porque a lei instituidora do *mandamus* não poderia disciplinar competência daquele tribunal, haja vista ser a Constituição dos Estados Unidos da América o documento jurídico/normativo que definia (e define) a competência daquela Corte¹³³. Estava inaugurado assim o controle jurisdicional de constitucionalidade na História do Direito, posto que se entendeu que norma infraconstitucional não poderia prever competência para Suprema Corte não prevista pela Constituição dos Estados Unidos da América.

Note-se que a tradição anglo-saxônica de produção/criação do direito, com base no sistema de precedentes judiciais, somada à instituição de uma Corte Suprema, com a tarefa constitucional de julgar definitivamente “lides constitucionais” e de consolidar o princípio do *stare decisis* na federação americana¹³⁴, aliada ainda ao fato de a Constituição dos EUA ter sido o primeiro documento jurídico/político de cunho

¹³⁰ “...e que, por ser ocupação e dever do Judiciário dizer o que é direito, cabe a ele reconhecer o império constitucional sobre os atos ordinários”. (MEYER, cit., p. 22).

¹³¹ “O modelo americano, que foi depois adotado por diversos países (Brasil, Argentina, Canadá, etc), é o da fiscalização constitucional exercitada pelo Judiciário. Dispõe o Poder Judiciário de competência para declarar nulos e írritos todos os atos e leis contrários à Constituição norte-americana. A competência do Judiciário, nesse campo, é difusa, porque exercitada, no curso de uma demanda, por qualquer juiz ou tribunal. Conquanto qualquer órgão jurisdicional possa exercer a fiscalização constitucional, a verdade é que a Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário americano, em virtude do princípio do *stare decisis*, ou seja, da eficácia vinculante de suas decisões, desempenha um papel decisivo no campo do constitucional, na medida em que pronuncia a última e definitiva palavra a respeito das questões constitucionais”. (MELO FILHO, J. A. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado: influências no controle de constitucionalidade brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1753, abr. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11158>>. Acesso em: 16 jan. 2016).

¹³² “No desenvolvimento de seu voto, Marshall dedicou a primeira parte à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na segunda parte, assentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Na última parte, enfrentou duas questões distintas: a de saber se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo”. (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29).

¹³³ “Isto porque, em 1789, um outro *Judiciary Act* havia sido aprovado, atribuindo, em sua seção 13, a competência para a Suprema Corte julgar *writs of mandamus*; mas isto teria sido feito, segundo Marshall, em uma expansão da jurisdição contrária à Constituição”. (MEYER, cit., p. 22).

¹³⁴ “*Stare decisis does not require a court to blindly follow incorrectly decided precedents. No does it require a court to stand by a precedent irrespective of its merit. What stare decisis does require is that courts engage with the past and act with integrity. They do this when they display a commitment to a coherent, defensible view of the content of the law*”. (HERSHOVITZ, Scott. (Ed.). **Exploring Law’s Empire**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 118).

constitucional codificado, dotado de rigidez, formaram um terreno fértil para que a fiscalização tivesse origem naquele país¹³⁵.

A Europa, por sua vez, adota majoritariamente o método concentrado de controle jurisdicional da constitucionalidade¹³⁶, no seu sistema repressivo de fiscalização constitucional¹³⁷. A maioria dos Estados segue o modelo austríaco, em que um tribunal constitucional é instituído com o fim único de exercer a função precípua de fiscalização constitucional¹³⁸. Nestes Estados, os tribunais constitucionais são órgãos apartados do Poder Judiciário, em que pese haver aqueles que instituem um tribunal constitucional inserido no Poder Judiciário, embora com a função única de controle de constitucionalidade.

Há ainda Estados que não instituem tribunal constitucional, embora se utilizem do método concentrado, pelo que a função de legislador negativo é uma das funções do órgão de cúpula do Poder Judiciário, denominados ou cortes supremas ou tribunais supremos, já que têm outras funções, além da fiscalização constitucional¹³⁹.

A estratégia de se ter órgãos apartados do Poder Judiciário no exercício da função precípua de fiscalização da constitucionalidade, da qual é corolário o poder/dever de legislador negativo, se dá para se afastar de pronto qualquer ilação acerca de hipotética violação à independência e/ou à harmonia entre os Poderes¹⁴⁰.

Ressalte-se que, a função de controle da constitucionalidade, mesmo se exercida pelo método judicial difuso, segundo o qual qualquer órgão de jurisdição ordinária presta jurisdição constitucional, não fere os princípios da independência dos Poderes, e nem da

¹³⁵ “No caso *Marbury versus Madison*, uma lei federal foi considerada inconstitucional, mas os juízes da Suprema Corte rejeitaram o pedido, alegando não terem competência para decidir sobre o caso concreto”. (DIMOULIS, cit., p. 217).

¹³⁶ Dimitri Dimoulis aponta a Grécia como exceção a esta regra, cf.: “Com efeito, na última década do século XIX alguns tribunais de Atenas afirmaram a admissibilidade do controle difuso da constitucionalidade das leis mesmo que ante a ausência de qualquer disposição constitucional que lhes atribuísse expressamente esta competência”. (*Idem*, p. 214).

¹³⁷ Sobre a possibilidade de interposição de ação diretamente perante o Tribunal Constitucional, quando do processo fiscalização da constitucionalidade de determinada norma, cf.: (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 168).

¹³⁸ “O Tribunal Constitucional possui competência para julgar de forma abstrata e em via principal as normas sem adentrar no mérito da lide. Trata-se de órgão autônomo, independente dos demais Poderes, sendo o critério para a sua formação de ordem política”. (SARMENTO, Leonardo. **Controle de constitucionalidade de temáticas afins: com inferências e cognições articuladas no novo CPC em capítulos exclusivos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2015, p. 242).

¹³⁹ “Así, en Irlanda, aunque la Constitución de 1937 continua la tradición anglo-americana de la **judicial review**, lo cierto es que, a tenor de su art. 34.3, punto segundo, solo el Alto Tribunal (**High Court**) el más elevado órgano jurisdiccional de primera instancia, dispone de jurisdicción para decidir la validez de cualquier ley en relación a los preceptos de la Constitución, no pudiendo ser planteada ninguna cuestión de tal naturaleza ante cualquier otro tribunal, con la única salvedad del Tribunal Supremo”. (SEGADO, cit., p. 68).

¹⁴⁰ “O deslocamento do polo de tensão realcionado à clássica questão da divisão-separação de Poderes recebe, destarte, uma nova concepção a partir do estabelecimento de tribunais que não fazem parte – *strictu sensu* – da cúpula do Poder Judiciário, trazendo consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo”. (STRECK, **Verdade e Consenso**, cit., p. 23).

harmonia entre eles, haja vista a função de fiscalização constitucional das leis (*judicial review*) ser tão precípua quanto a função de legislar, nos Estados de constituição rígida.

Em França, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Conselho Constitucional, antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico, via de regra¹⁴¹. É que, durante muito tempo (até 2010), não era permitido a fiscalização repressiva da constitucionalidade naquele País. Após a reforma do texto constitucional francês, o Conselho Constitucional passou a guardar maior identidade com as demais cortes constitucionais europeias, não somente por sua competência exclusiva de fiscalização constitucional, mas por poder realizar o controle de constitucionalidade repressivo das leis postas. A diferença entre o modelo francês e o adotado no resto da Europa ainda persiste, seja porque os tribunais constitucionais europeus não fazem controle preventivo, seja porque o direito constitucional francês continua inadmitindo o *judicial review*¹⁴², função precípua dos tribunais constitucionais do restante do continente europeu.

Já no Reino Unido, não há falar em controle de constitucionalidade, por conta do princípio da supremacia do parlamento, em grau forte naquele país, razão pela qual a Constituição britânica é flexível¹⁴³. O Parlamento britânico pode produzir qualquer norma, sem diferença no método de elaboração, e mesmo que se altere disposições de natureza constitucional; ou decisões judiciais, ainda que revestidas de eficácia transcendente, por força de decisão da Suprema Corte¹⁴⁴, que foi instituída a partir da

¹⁴¹ “O controle de constitucionalidade francês, portanto, é realizado de maneira preventiva, por um órgão especial, distinto dos três Poderes clássicos, denominado Conselho Constitucional. Antes da promulgação, as leis são enviadas a esse conselho que declara ou não a sua constitucionalidade, e essa decisão vincula as autoridades administrativas e judiciárias”. (MELO FILHO, J. A. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado: influências no controle de constitucionalidade brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1753, abr. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11158>>. Acesso em: 16 jan. 2016).

¹⁴² “*La jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme le suggère L. Favoreu (FAVOREU, Louis. **Le Conseil constitutionnel et Conseil d’État**, p. 175), n’a pas, évidemment, la même autorité que la chose jugée mais on aurait tort de penser que, bien que n’étant pas obligatoire pour le juge administratif, cette jurisprudence n’a pas d’influence sur lui*”. (DESAULNAY, cit., p. 708).

¹⁴³ “Em relação ao primeiro fator, de fato, a rigidez constitucional é um pressuposto para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, pois não há sentido em se falar em jurisdição constitucional nas hipóteses em que as normas constitucionais possam ser modificadas por meio dos mesmos procedimentos fixados para a alteração das leis ordinárias em geral. Logo, nos países onde este atributo não está presente – como na Inglaterra, por exemplo – é realmente impossível aplicar quaisquer técnicas judiciais de controle de constitucionalidade, sejam elas difusas, sema ela concentradas”. (KOZIKOSKI Júnior, Antônio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo tribunal federal: consequências jurídicas e sociais**. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica – PUC do Paraná, Curitiba. 2008).

¹⁴⁴ “Há uma gradação lógica e hierárquica da obrigatoriedade dos precedentes no Supremo Tribunal de Judicatura. A Câmara dos Lordes constitui a jurisdição suprema na Inglaterra, pois além de tratar dos recursos extraordinários interpostos contra as decisões do Tribunal de Apelações, abarca todo o Reino Unido com a Comissão Judiciária do Conselho Privado. As decisões proferidas nesta instância extraordinária, portanto, constituem precedente para todas as instâncias inferiores”. (GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Visão panorâmica da organização judiciária inglesa**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, I, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2066>. Acesso em: 24 mar. 2016).

câmara parlamentar, destinada à uniformização da jurisprudência britânica, antes abrigada na Câmara dos Lordes.

Há ainda a singularidade do caso de Portugal, onde coexistem os métodos difuso e concentrado de controle judicial da constitucionalidade¹⁴⁵, constituindo-se no único caso utilização do método misto de fiscalização constitucional na Europa. O controle difuso de constitucionalidade do direito português foi previsto na Constituição de 1911, por influência da Constituição brasileira de 1891¹⁴⁶, que, por sua vez, sofreu forte influxo do constitucionalismo norte-americano¹⁴⁷.

Singular mesmo é o sistema grego de defesa da Constituição. Diferentemente de Portugal, o direito constitucional da Grécia edificou um método judicial difuso de fiscalização da constitucionalidade¹⁴⁸, aprioristicamente, por decisões de seus tribunais e, somente depois, por disposição constitucional posta, a semelhança do que se fez nos Estados Unidos, com uma diferença marcante, a Grécia adota o sistema jurídico do *civil law*¹⁴⁹, enquanto os Estados Unidos são adeptos do *common law*.

Na América Latina, o Brasil combina os dois métodos de controle jurisdicional da constitucionalidade¹⁵⁰, o americano e o austríaco, no que é seguido por outros Estados do

¹⁴⁵ “No que concerne às circunstâncias ou ao modo como se manifesta o controle este pode ser dito concreto ou abstracto. O primeiro ocorre a propósito da aplicação de normas ou de quaisquer actos (ou conteúdo de actos) a casos concretos. O segundo quando essa atividade se dirige, em abstracto, contra comportamentos dos órgãos do poder públicos ou a normas em si por aquilo que significam ou pela função que desempenham no quando do ordenamento jurídico, independentemente da sua incidência em qualquer relação ou situação de vida”. (QUEIROZ. **Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional**, op, cit., p. 298).

¹⁴⁶ “É assim que a Constituição de 1911, por influência da Constituição brasileira de 1891 – que estabelece um sistema de controle importado dos Estado Unidos –, introduz, entre nós, um sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, “difuso”, ou “desconcentrado”, atribuído unicamente aos tribunais ordinários”. (Idem, p. 298).

¹⁴⁷ “En Portugal, y a desde la Constitución republicana de 1911, fruto de la Revolución de 1910, que acabó com a Monarquia, arraigó el sistema norteamericano de la **judicial review**, quizá por el influjo de la Constitución brasileña de 1891, que introdujo la forma republicana e federal en Brasil e que asimismo recepcióno la **judicial review**”. (SEGADO, cit., p. 58).

¹⁴⁸ “Essa posição não era aceita pela imensa maioria da doutrina constitucional europeia quando, no final do século XIX, os juízes gregos decidiram que o texto constitucional lhes reservava implicitamente a posição de guardiões da primazia constitucional” (DIMOULIS, cit., p. 216).

¹⁴⁹ “Refletir sobre o caso da Grécia permite, em nossa opinião, relativizar as explicações esquemáticas sobre as formas do controle de constitucionalidade. Com efeito, muitos autores, antigos e novos, explicam a adoção do “modelo americano” de controle difuso com referência a três fatores institucionais: ao caráter federal dos EUA, ao regime presidencialista e à adoção do sistema do common law que concede amplas possibilidades de criação de direito ao judiciário. Segundo essa visão, o “modelo europeu” de controle concentrado ajusta-se-ia melhor às estruturas do Estado unitário, ao regime parlamentar e ao sistema jurídico legicêntrico. [...]. A estrutura do Estado grego foi sempre unitária e fortemente centralizada. Além disso, o parlamentarismo consolidou-se definitivamente já na segunda metade do século XIX. Finalmente, o sistema jurídico legicêntrico foi adotado imediatamente após o fim da guerra da Independência da Grécia, através da recepção dos grandes Códigos então vigentes na França e na Alemanha”. (Idem, p. 217).

¹⁵⁰ “En Brasil, donde desde la Constitución de 1891, como y a sedijo, se impulso el modelo americano, la justicia constitucional ha evolucionado hacia lo que Afonso da Silva llama un sistema misto de control

continente. Colômbia, Guatemala, Peru, Bolívia e Equador utilizam-se dos dois métodos de fiscalização judicial da Constitucionalidade¹⁵¹. A simbiose dos métodos do controle judicial é um traço marcante da defesa da constituição na América Latina.

A defesa da constituição é exercida, num primeiro momento, pelos parlamentos, não raro através de comissões, que se constituem órgãos permanentes das casas legislativas, com a atribuição de analisar a viabilidade constitucional do projeto de lei, do ponto de vista, material e/ou formal; e pelo Poder Executivo, nos países de sistema de governo presidencialista, por meio do veto presidencial, quando da ocasião da sanção dos projetos de lei, aprovados pelo parlamento.

Exceção emblemática é o caso francês, em que o controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei fica a cargo do Conselho Constitucional, que não pertence nem ao Poder Executivo e nem ao Poder Legislativo, e é o mesmo órgão competente para fazer a fiscalização repressiva da constitucionalidade.

Note-se que o Reino Unido não possui controle de constitucionalidade, por força da supremacia do Parlamento, motivo pelo qual a Constituição britânica é flexível¹⁵²; que, em França, só é permitida a fiscalização constitucional, preventiva e repressiva, pelo sistema político, que fica a cargo de um órgão apartado dos três Poderes; que o controle preventivo da constitucionalidade, pelo parlamento, é realizado na maioria dos Estados que tem como princípio a supremacia da Constituição; que, não obstante haver controle repressivo político, a maioria dos países se utiliza do sistema jurisdicional para fiscalizar a constitucionalidade, posteriormente ao ingresso da norma no ordenamento jurídico, como a maior parte dos membros da União Europeia, os países da América Latina e os Estados Unidos; que dentre os Estados que se utilizam do sistema jurisdicional de fiscalização constitucional, há os que o fazem exclusivamente pelo método concentrado (Europa continental, exceto a França e Portugal), há os que o fazem exclusivamente pelo método difuso (Estados Unidos e Grécia), e há os que o fazem pelo método misto (Brasil, Portugal, e grande parte da América Latina).

1.6. Controle preventivo e repressivo da constitucionalidade, em uma brevíssima abordagem

difuso y concentrado, con clara tendencia a la ampliación de este último desde la Constitución de 1988". (SEGADO, cit., p. 68/69).

¹⁵¹ "En Colômbia, Guatemala, Peru, Bolívia, Equador, por poner algunos concretos ejemplos, coexisten el control concertado en un Tribunal Constitucional con el control difuso, enquanto que cualquier órgano jurisdiccional puede directamente inaplicar la norma legal que a su juicio sea incompatible con a Constitución". (**Idem**, p. 64).

¹⁵² "El sistema de la jurisdicción difusa presenta dos modelos claramente diferenciados: el inglés e el americano. La diferencia fundamental entre ambos está em el referente constitucional americano por el efecto da Constitución de los EE.UU" (BALAGUER CALLEJÓN, cit., p. 47).

A força do Parlamento e o nível de confiança que se tem do Judiciário, conforme as experiências históricas de cada sociedade, de certa forma, apontam o momento em que se realiza o controle de constitucionalidade, se antes ou depois da entrada em vigor da norma¹⁵³.

Assim, em alguns países, como no Reino Unido, o Parlamento foi concebido como o mais importante órgão da democracia representativa britânica, não encontrando limite jurídico algum para tomada de qualquer decisão, inclusive que implique em alteração constitucional, que pode se dá por método idêntico ao utilizado para produção de lei infraconstitucional, em razão de historicamente o Parlamento Inglês ter sido robustecido em reação ao absolutismo britânico.¹⁵⁴

Apesar disso, em 1 de outubro de 2009, foi instalada a Suprema Corte do Reino Unido, com o propósito de separar os órgãos da Justiça do Parlamento e do Governo. No entanto, a Suprema Corte do Reino Unido não tem a função de um tribunal constitucional. Ela incorporou a competência que antes era de uma comissão da Câmara dos Lordes, qual seja, a de uniformização dos precedentes advindos dos julgados prolatados pelas cortes de justiça. Com isso, o poder/dever de consolidação dos precedentes, no sistema do *stare decisis*, migrou da Câmara alta britânica, para um tribunal considerado órgão de cúpula do Poder Judiciário do Reino Unido¹⁵⁵.

¹⁵³ “Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade. Aqui, cuida-se constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição. (...). Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com a validade técnico-formal, que designa a vigência de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade. (...) A eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado (...). Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”. (BARROSO. **O controle de constitucionalidade**, cit., p. 37).

¹⁵⁴ “*El concepto de soberanía del Parlamento, como órgano de representación, junto a la consideración de que la Constitución se encuentra situada al mismo nivel que la legislación ordinaria, lo que determina que el Parlamento es superior a ella y su único interprete (...)*”. (RIVERO, Cayetano Nuñez; MARTÍNEZ, Juan Manóel; MARTÍNEZ, Maria Nuñez. **Teoría del Estado Constitucional**. 1. ed. Madrid: Editora Universitas, S.A., 2009, p. 188).

¹⁵⁵ “*The Constitutional Reform Act 2005 made provision for the creation of a new Supreme Court for the United Kingdom. There had, in recent years, been mounting calls for the creation of a new free-standing Supreme Court separating the highest appeal court from the second house of Parliament, and removing the Lords of Appeal in Ordinary from the legislature. On 12 June 2003 the Government announced its intention to do so. (...) Before the Supreme Court was created, the 12 most senior judges – the Lords of Appeal in Ordinary, or Law Lords as they were often called – sat in the House of Lords. (...) The House of Lords was the highest court in the land – the supreme court of appeal. It acted as the final court on points of law for the whole of the United Kingdom in civil cases and for England, Wales and Northern Ireland in criminal cases. Its decisions bound all courts below. (...) As members of the House of Lords, the judges not only heard cases, but were also able to become involved in debating and the subsequent enactment of Government legislation (although, in practice, they rarely did so). (...) The creation of a new Supreme Court means that the most senior judges are now entirely separate from the Parliamentary process. (...) It is important to be aware that the new Supreme Court is a United Kingdom body, legally separate from the England and Wales courts as it is also the Supreme Court of both Scotland and Northern Ireland. As such, it falls outside of the remit of the Lord Chief Justice of England and Wales in his role as head of the judiciary*”

Em outros Estados, como a França, igualmente por razões históricas, não obstante haja uma constituição rígida e apesar de vigor o princípio da supremacia constitucional, há a predominância sistema de controle de constitucionalidade preventivo; já que a reforma constitucional de 23 de junho de 2008, permitiu que o Conselho Constitucional possa fazer controle repressivo de constitucionalidade das leis, antes incabível no regime constitucional francês, que só admitia o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei¹⁵⁶.

A desconfiança da Europa continental em relação à magistratura, muito se deve ao papel histórico dos juízes em apoio ao Antigo Regime, o que só não ocorreu no Reino Unido, berço do *judicial review*¹⁵⁷. Devido a essa desconfiança, a Europa continental, salvo Portugal¹⁵⁸ e a Grécia¹⁵⁹, não só não adota o controle jurisdicional difuso da constitucionalidade, como também, no caso francês, não aceita a função de legislador negativo atribuída a juízes constitucionais, com competência para declarar inaplicável uma lei posta pelo Parlamento.

Em França, na maior das vezes, uma lei só deixaria de ser aplicável e de produzir efeito quando revogada pelo próprio Parlamento. É que a sociedade francesa não confia

of England and Wales". (In: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/the-supreme-court/>. Acesso em 05/08/2020).

¹⁵⁶“Article 61. Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toute fois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans les mêmes cas, les lois ne peuvent être promulguées que si le Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation”. (Fonte: **Constitution de la Cinquième République Française**).

¹⁵⁷ “A doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis*, que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* que imperam nos países anglo-saxões. O nome completo da doutrina do *stare decisis* é *stare decisis et quia non movere*. A ideia que decorre da doutrina do *stare decisis* é a de respeito às decisões judiciais pretéritas, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*) ” (LEITE, Maria Odelândia Torquato. **O efeito vinculante das decisões dos tribunais: processo de vinculação das decisões ou centralização do sistema**. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 2014).

¹⁵⁸ “No chamado modelo de separação a justiça constitucional é, sob o ponto de vista organizativo, confiada a um Tribunal especificamente competente para as “questões constitucionais” e institucionalmente separado dos outros tribunais. A ideia básica subjacente a este modelo é a de que a decisão de questões jurídico-constitucionais representa uma função jurisdicional em sentido material (não se trata, portanto, apenas de um problema político-constitucional). Existem, contudo, certas especificidades que justificam a autonomização institucional de um Tribunal Constitucional. Este modelo é, hoje, acolhido num apreciável número de Estados (Alemanha, Itália, Áustria, Portugal, Espanha, Bélgica, na maior parte dos países ex-socialistas e um número relevante de Estados sul-americanos como o Chile, Peru, Guatemala) ”. (CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 96).

¹⁵⁹ “As Constituições de 1968 e 1973, editadas no período da ditadura militar (1967-1974), previam explicitamente a **competência dos tribunais para controlar a constitucionalidade das leis ordinárias**” (DIMOULIS, cit., p. 217).

aos juizes, nem mesmo a membros de uma corte judicial não ordinária, como o um tribunal constitucional, o poder de “revogar” decisões tomadas pelo Parlamento, expressadas em leis por ele (parlamento) editadas.

Eis o motivo do controle repressivo de constitucionalidade somente ter sido instituído em França, com a reforma constitucional que acresceu à Constituição Francesa o art. 61-I¹⁶⁰. Ainda assim, não é qualquer incompatibilidade semântica entre norma infraconstitucional vigente e a Constituição, que pode ser objeto de impugnação na Corte Constitucional. É necessário que a norma constitucional violada seja definidora de direito e liberdades individuais. Ademais, o Conselho Constitucional da França não tem natureza de órgão judicante, a exemplo dos tribunais constitucionais europeus.

Outros países, na medida em que a desconfiança em relação à magistratura diminui (ou não é significativa), admitem o controle repressivo jurisdicional da constitucionalidade, notadamente: Alemanha, Itália, Espanha e Áustria, que adotam o controle jurisdicional concentrado; Portugal e Brasil, que têm o controle jurisdicional misto, permitindo que juizes ordinários também façam o *judicial review*; e os Estados Unidos, onde há apenas o controle difuso, ou seja, que tem o *judicial review*, como tradição herdada dos ingleses, muito por conta do papel do Judiciário ianque nos movimento de independência¹⁶¹.

No primeiro grupo de Estados citados acima, devido histórica desconfiança da atuação dos juizes, embora haja mecanismos de controle repressivo jurisdicional de constitucionalidade, não se admite que esse controle se faça pelo método controle difuso, razão por que até os incidentes processuais de inconstitucionalidade dos processos intersubjetivos individuais são conhecidos e julgados pelos tribunais constitucionais¹⁶².

¹⁶⁰“Article 61-1. Lors que, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est sout en u qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi ordonne que détermine les conditions d’application du présent article”. (Fonte: **Constitution de la Cinquième République Française**).

¹⁶¹ “The words ‘decentralized system’ and ‘centralized system’ are used antithetically in Mauro Cappelletti’s compact classic of comparative study of judicial review, **Judicial Review in the Contemporary World** (1971). The former means the system that gives the power of control to all the judicial organs and is also called ‘review incidenter’, because private parties introduce constitutional issues in connection with regular judicial proceeding. The latter means the system that confines the power of judicial review to a single judicial organ. The centralized system is also called ‘review principalitier’, because constitutional issues are presented via special actions initiated by various government authorities”. (SATO, Miyuki. **Judicial Review in Brazil: nominal and real**. Global Jurist Advances, Volume 3, Issue 1 2003, Article 4. Global Jurist Advances is produced by The Berkeley Electronic Press (bepress). <http://www.bepress.com/gj>. Access: Thu Feb 28 07:17:10 2019, p. 1).

¹⁶² “O modelo austríaco de controle de constitucionalidade vem regulado, na Constituição austríaca, nos arts. 137 a 148. (...) O controle de constitucionalidade poderá ser por ação direta ou por consulta formulada por juizes. No que tange a esta, os juizes, não possuem competência para analisar a constitucionalidade de uma norma, somente o Tribunal Constitucional. Portanto, o juízo a quo que tenha suscitado o incidente de inconstitucionalidade, suspende o processo e o remete ao Tribunal Constitucional, que após julgado o incidente de constitucionalidade remete de volta ao juízo para que dê prosseguimento à ação”. (SARMENTO, cit., p. 242).

E há ainda Estados que admitem meios de controle de constitucionalidade repressivo, realizados através do sistema político de controle, como é o caso do Brasil, em cuja Constituição se prevê que o Parlamento possa sustar atos normativos emanados de outros Poderes, tanto quando exorbitem o poder de editar regulamento, quanto quando extrapolem o que lhes foi delegado, por resolução, e também no seu mister de zelar pela sua competência em face da competência normativa de outros Poderes (Art. 49, V e XI da Constituição da República).

É que não necessariamente o controle preventivo será exercido por órgão político¹⁶³, nem o repressivo será exercido por órgão judicial. De forma que onde há controle de constitucionalidade, pode-se exercê-lo de forma preventiva, repressiva, preventiva e repressiva. E, independentemente de ser o controle repressivo ou preventivo, faz-se o controle através do sistema político e/ou judicial, em consonância com os valores forjados nas experiências históricas de cada sociedade, que influenciaram a arquitetura jurídica adotada por cada um dos Estados.

¹⁶³ “O Conselho Constitucional foi instituído pela Constituição da V República, de 04 de outubro de 1958. Não se trata de tribunal, nem se situa na organização e estrutura dos tribunais judiciais e administrativos. Não se confunde com o Conseil d’Etat nem com a Cour de Cassation, que são órgãos de cúpula, respectivamente, da jurisdição administrativa e judicial. É uma inovação na história constitucional da República Francesa, competindo-lhe garantir o respeito à Constituição e, em especial, aos direitos e liberdades assegurados constitucionalmente”. (CUNHA Jr. Dirley da. **O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 2008.** (Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-na-França-e-as-alteracoes-advindas-da-reforma-constitucional-de-2008>. Acesso em 29/07/2020).

2. Sistemas de defesa da Constituição

Dois sistemas de controle de constitucionalidade são adotados pelos Estados, que controlam a validade de normas infraconstitucionais em face de suas constituições: o controle político e controle jurisdicional de constitucionalidade. O controle político fica a cargo de órgãos políticos¹⁶⁴, que não utilizam de processo judicial, como meio idôneo para se aferir a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional de natureza primária¹⁶⁵. Enquanto o controle jurisdicional é realizado através de processo (judicial ou não)¹⁶⁶, ainda que em parte dos Estados que adotam este sistema, os tribunais constitucionais fiquem apartados do Poder Judiciário.

O controle político de constitucionalidade é realizado por órgãos de natureza política e cujos integrantes são investidos nos seus cargos por mecanismos políticos. Em alguns Estados, tal controle é realizado pelo Poder Executivo (nos Estados que adotam o sistema presidencialista de governo), em regra, no momento do veto ao projeto de lei, após o mesmo ter sido aprovado pelo Parlamento. E pelo Poder Legislativo, através de comissões instituídas para avaliar previamente a constitucionalidade de projetos de lei ou de propostas de emenda constitucional¹⁶⁷; ou ainda, pelo próprio Poder Legislativo, no que tange a normas infraconstitucionais primárias que não são leis, em sentido estrito, em sede controle repressivo.

Há também Estados, em que o controle político de constitucionalidade é realizado por um órgão distinto do Poder Executivo ou Legislativo, como é o caso do Conselho de Estado da França. Note-se que a França adota, predominantemente, o controle político preventivo, não permitindo a *judicial review*, embora já haja previsão de controle político repressivo, desde a última reforma constitucional¹⁶⁸.

¹⁶⁴ “O controle político é realizado por órgãos sem poder jurisdicional. Países nos quais o controle de constitucionalidade é exercido pelo Legislativo ou por um órgão criado especificamente para este fim adotam o sistema político, como na França, onde a constitucionalidade é apreciada pelo Conseil Constitutionnel”. (NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Métodos, 2012, p. 249).

¹⁶⁵ “Logo abaixo estão localizados os atos que têm como fundamento imediato de validade a Constituição. São as espécies de atos normativos primários: as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções da Câmara, do Senado e do Congresso Nacional (CF, art. 59, II a VII)”. (*Idem*, p. 228).

¹⁶⁶ “O controle de constitucionalidade do tipo judicial ou jurisdicional, como já mencionado, é aquele conferido ao Poder Judiciário. Nos termos da Constituição brasileira vigente, este tem a atribuição de realizar tanto controle repressivo de constitucionalidade, como o controle preventivo, este em uma única hipótese: no caso de impetração de mandado de segurança, por parlamentar, perante o Supremo Tribunal Federal, contra ato que tenha importado em ofensa às normas constitucionais do processo legislativo”. (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192).

¹⁶⁷ “Seguindo a tradição francesa, a Constituição de 1976 consagrou a possibilidade de um controlo abstracto preventivo de alguns diplomas legislativos (arts. 278.º e 279.º). Como já se assinalou, o sentido de um controlo que incida sobre as normas imperfeitas não tem natureza idêntica à de um controlo jurisdicional incidente sobre as normas já entradas em vigor. A decisão do Tribunal não consiste na anulação de normas, mas sim na proposta de veto ou reabertura do processo legislativo”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p 918).

¹⁶⁸ “Como teremos a oportunidade de desenvolver mais adiante, o controle de constitucionalidade na França, tal como definido na versão originária da Constituição Francesa de 1958, caracterizava-se por sua

O controle jurisdicional, por sua vez, não necessariamente é realizado por órgão intrínseco ao Poder Judiciário. O que dá a natureza jurisdicional a este controle é o método adotado para sua feitura, que se dá através de processo, a semelhança de um processo judicial, seja feito por órgãos do Poder Judiciário, seja feito por órgãos exógenos a esse Poder. Dito de outra forma, o controle jurisdicional se utiliza de técnicas de processo judicial para cumprir seu mister, embora nem sempre se dê no âmbito do Poder Judiciário.

Conforme dito acima, os tribunais constitucionais, próprios dos Estados que adotam o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade (exclusivamente, em regra)¹⁶⁹, são órgãos, por vezes, apartados do Poder Judiciário. É dizer: apesar do método de aferição da constitucionalidade ser o jurisdicional, por via de processo, os tribunais constitucionais – que são os órgãos competentes para processar e julgar questões de direito constitucional, tanto como incidentes de processos judiciais concretos, quanto como ação direta – nem sempre estão abrigados no Poder Judiciário¹⁷⁰.

É que com o aperfeiçoamento do Estado contemporâneo, outras funções precípua do Estado foram agregadas às tradicionais funções que ensejaram a teoria da tripartição orgânica do Poder¹⁷¹, dentre elas a função de fiscalização constitucional, que é realizada

natureza exclusivamente preventiva. Ademais, seguindo uma tradição histórica e ideológica, o controle francês era, e ainda é um controle político, ou não-judicial, na medida em que a verificação da constitucionalidade da lei é confiada a um órgão de caráter essencialmente político, instituído pela Carta Magna francesa em vigor, a saber: o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional)”. (CUNHA Jr, **O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 2008**, cit. Acesso em 29/07/2020)

¹⁶⁹ “Entretanto, a lei austríaca de revisão da Constituição (Bundsverfassungsnovelle) de 1929 modificou parcialmente este sistema de controle de constitucionalidade das leis exercitável/exercitável exclusivamente ‘em via de ação’. E, como se sabe, o sistema hoje vigente na Áustria é exatamente, o que resulta da *Novelle* de 1929”. (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 105/106).

¹⁷⁰ “Os tribunais supremos, ou câmaras constitucionais dos mesmos, podem até ser jurisdições constitucionais, mas não são tribunais constitucionais, de modo que “os tribunais constitucionais ficam fora dos poderes do Estado tradicionais. Eles formam um poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os domínios”, temos o entendimento de que os tribunais constitucionais não obrigatoriamente estão situados fora da estrutura do Poder Judiciário, razão pela qual a justiça constitucional pode ser exercitada por organismos integrantes da estrutura judiciária que façam o papel, concomitantemente, de tribunal constitucional. (...) Demais disso, a justiça constitucional é exercida por tribunais sedimentados dentro da estrutura funcional do Poder Judiciário em outros Estados europeus, de sorte a transmitir a interpretação e aplicação da Constituição, em última instância, à organização de cúpula do Poder Judiciária, tais como Alemanha, Luxemburgo, República Tcheca e Rússia”. (PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Justiça constitucional: limites e possibilidade da atividade normativa dos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58).

¹⁷¹ Montesquieu constata que existem no Estado Três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Sua doutrina é, pois, tripartida. O Legislativo “fazia as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. O Judiciário pune os crimes ou julga as demandas dos particulares. E o Executivo, sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral”. (Cfr: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 199, p. 25).

pelos tribunais constitucionais (ou por órgãos de cúpula do Poder Judiciário)¹⁷², por meio de processos, que é a forma pela qual os órgãos do Poder Judiciário prestam jurisdição ordinária (neste caso, cumprindo uma das três tradicionais funções precípua do Estado).

Nesse sentido, a jurisdição constitucional é uma manifestação do poder estatal de legislador negativo (poder distinto do poder de prestar jurisdição ordinária), e fica a cargo de um órgão (Tribunal Constitucional) que, via de regra, não só é apartado do Poder Judiciário, como sobreposto a todos os três poderes¹⁷³. Daí por que não há maiores especulações sobre a jurisdição constitucional afrontar o princípio da independência dos Poderes onde há tribunal constitucional, posto que, nestes casos, a jurisdição constitucional é prestada por um órgão que não está incluindo em nenhum dos três poderes, e que, em tese, estaria sobreposto a eles (aos três Poderes).

Contudo, tanto em Estados, que não possuem tribunal constitucional, mas que fazem o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, como o Brasil¹⁷⁴, por um órgão de cúpula do Poder Judiciário; quanto em Estados nos quais o tribunal constitucional é órgão de cúpula do Poder Judiciário, a jurisdição constitucional se distingue da jurisdição ordinária¹⁷⁵, mesmo que ambos os tipos de jurisdição sejam prestados pelo mesmo órgão judicial.

¹⁷² “3.2. Diante da ausência de regras específicas acerca dessas etapas iniciais do rito no Senado, deve-se seguir a mesma solução jurídica encontrada pelo STF no caso Collor, qual seja, aplicação das regras da Lei n.1.079/1950 relativas a denúncias por crime de responsabilidade contra Ministros do STF ou contra o PGR (também processados e julgados exclusivamente pelo Senado). 3.3. Conclui-se, assim, que a instauração do processo pelo Senado se dá por deliberação da maioria simples de seus membros, a partir de parecer elaborado por Comissão Especial, sendo improcedentes as pretensões do autor da ADPF de (i) possibilitar à própria Mesa do Senado, por decisão irrecorrível, rejeitar sumariamente a denúncia; e (ii) aplicar o quórum de 2/3, exigível para o julgamento final pela Casa Legislativa, a esta etapa inicial do processamento”. (Voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADPF 378. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306648>. Acesso em: 22. dez. 2015).

¹⁷³ “Com a referida autonomização ou separação ‘no seu enquadramento orgânico’ (Cfr. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3. ed., [Coimbra, 2007], p. 15) – justificada pela ‘natureza de suas funções’, pela sua ‘ligação imediata à lei fundamental’ e pela posição específica que ocupa em relação a outros tribunais (decorrente do facto de constituir ‘o tribunal de recurso das decisões de todos os tribunais em matéria de constitucionalidade’ e, também, em certas hipóteses de legalidade [Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, vl. 7, cit., p. 548]) –, vantajosa do ponto de vista sistemático, a Constituição sublinha de forma bem vincada que o Tribunal Constitucional não é ‘um tribunal como os outros’, nem ‘apenas um tribunal’, mas, antes um ‘órgão constitucional autónomo de regulação do processo constitucional’”. (VIEIRA CURA, António A. *Organização Judiciária Portuguesa*, 1. ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2018, p. 78/79).

¹⁷⁴ “A função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de Corte Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 466 e s.).

¹⁷⁵ “A diferenciação entre a justiça constitucional e a jurisdição constitucional, parece-nos, reside na extensão ou proporção da atividade sob investigação científica, de sorte que a jurisdição constitucional é traduzida como parcela da atividade pela qual se efetua jurisdicionalmente a proteção da Constituição

Ainda assim, tem-se que não se fere a independência dos Poderes porque ao prestar jurisdição constitucional, esse órgão de cúpula do Poder Judiciário (como o STF no Brasil), está investido constitucionalmente de outro poder do Estado, que é o poder de fiscalização constitucional, do qual é corolário a função-dever de legislador negativo.

É dizer, a função de produção de leis, inerente ao Poder Legislativo, que é a função de legislador positivo, não é mais importante que a função de legislador negativo, razão pela qual o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao prestar jurisdição constitucional, cumpre sua função de guardião da Constituição¹⁷⁶, e o faz em harmonia com o Poder Legislativo, que é o produtor das leis sujeitas ao controle da jurisdição constitucional, porque igualmente subordinado à Constituição. Não há falar em subordinação do Poder Legislativo ao Poder Judiciário. O que há é subordinação de todos os Poderes do Estado à Constituição, que os instituiu.

Nesse sentido, prestando jurisdição constitucional, os demais órgãos do Poder Judiciário não ferem a tripartição dos Poderes quando efetivam a *judicial review*¹⁷⁷, porque também, nestes casos, esses órgãos estão investidos constitucionalmente do poder de fiscalização constitucional, que se harmoniza perfeitamente com o poder de legislador positivo, na medida em que, onde há o controle difuso de constitucionalidade, se entende que qualquer órgão judicial tem o poder/dever de fazer o cotejo da norma infraconstitucional com a Constituição, antes de aplicar a norma infraconstitucional, ou para não aplicá-la, caso entenda ser ela inválida, por vício de constitucionalidade.

É que tanto o sistema político quanto o sistema jurisdicional de controle constitucionalidade constituem-se em mecanismos legítimos para a defesa da constituição. Os dois sistemas são modalidades de fiscalização constitucional, sendo que o primeiro se manifesta na maior das vezes antes da feitura da lei, seja pelas rejeições de projetos de lei, por comissões permanentes de aferição de constitucionalidade, instituídas pelos parlamentos; seja por vetos presidenciais por inconstitucionalidade (desde que não

em todas as suas dimensões, com ênfase para a 'sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público contrário à norma paramétrica', ao invés da justiça constitucional, que se limita apenas à atividade desempenhada no âmbito dos tribunais constitucionais, com destaque para os seus elementos e as suas funções estruturais". (PEÑA DE MORAES, **Justiça constitucional**, cit., p. 56).

¹⁷⁶ "Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, guardião precípua da Constituição, tem o dever de realizar o controle de adequação e razoabilidade sobre as leis. Esse é o seu papel institucional na promoção do equilíbrio entre os poderes do Estado. No entanto, a não vinculação do legislador, acaba por reduzir a validade da decisão proferida pela mais alta Corte do país". (LEITE, Maria Ordenlânia, cit.).

¹⁷⁷ "Como dito acima, o papel do judiciário de realizar o controle de constitucionalidade das normas legais foi implantado nos Estados Unidos por meio de uma rica construção doutrinária e jurisprudencial, desenvolvida a partir do início do século XIX. Não existe fundamento constitucional ou legal exposto conferindo ao Judiciário o papel de intérprete supremo da Constituição. Foi, portanto, a própria Suprema Corte estadunidense quem delimitou sua atuação como guardiã dos valores constitucionais, alcançando, assim, um papel central na democracia daquela nação". (PINTO, José Guilherma Berman Correa. **Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade**. 224 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica – PUC, Rio de Janeiro. 2013).

derrubados), seja através de decisões preventivas de órgãos apartados dos três poderes, como o Conselho Constitucional Francês.

Mesmo que o controle político/preventivo tenha o efeito de impedir a entrada em vigor de uma lei, ou de parte dela, em razão de inconstitucionalidade; enquanto o controle jurisdicional/repressivo tem como resultado a retirada de norma infraconstitucional posta do ordenamento jurídico; ambos são mecanismos de defesa da constituição, função precípua do Estado, com o advento do constitucionalismo, do qual é corolário o princípio da supremacia da constituição.

Registre-se que, no sistema político e no sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade, a fiscalização constitucional pode ser posterior ou anterior à entrada em vigor da norma infraconstitucional. Embora, na maioria das vezes, o sistema político se manifeste antes da norma infraconstitucional primária passar a vigor; ao contrário do que ocorre com o sistema jurisdicional, que se manifesta após a entrada em vigor da norma infraconstitucional primária.

E ainda, grande parte dos Estados combina os dois sistemas de fiscalização da constitucionalidade, o político e o jurisdicional; assim como realizam o controle constitucional antes e depois da entrada em vigor da norma. Havendo até quem combine os sistemas político/preventivo, político/repressivo, jurisdicional/repressivo e jurisdicional/preventivo, em sede de controle de constitucionalidade, como é o caso do Brasil¹⁷⁸.

2. 1. Controle político da constitucionalidade

O controle político da constitucionalidade é um dos meios de efetivação da função/dever de defesa da constituição, da qual é corolário a função de legislador negativo. Não importa se, na maioria das vezes, esse sistema de controle se dê de forma preventiva, porque ao impedir o ingresso de uma norma infraconstitucional inválida (inconstitucional), também se está atuando como legislador negativo.

Pois, se a defesa da Constituição impede a atuação do Parlamento, na sua função precípua de legislador positivo, então tal atividade implica no exercício da atividade de legislador negativo. Independentemente, se essa atividade é exercida pelo Poder

¹⁷⁸ “O Brasil adotou o controle jurisdicional. Porém. É de fundamental importância aludir ao ensinamento de Dirley da Cunha Júnior no sentido da possibilidade de controle político em determinados casos isolados, as saber: “No Brasil, a despeito da prevalência do controle jurisdicional, tem-se admitido um certo tipo de controle político, exercido nas mesmas hipóteses do controle preventivo, ou seja, por meio dos pareceres, nos projetos de lei, das comissões de Constituição e justiça das casas legislativas, e por meio do veto jurídico-constitucional, em face de inconstitucionalidade, dos chefes dos poderes executivos da união, estados, distrito federal e municípios. Ademais, pode ocorrer, outrossim, o controle político da constitucionalidade pelo congresso nacional, mas aqui já de forma sucessiva ou repressiva, no caso de sustação dos atos normativos do poder executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (CF/88, art. 49, V), e no caso de rejeição das medidas provisórias (CF/88, art. 62, § 5º)”. (SARMENTO, cit., p. 221).

Executivo, nos Estados de sistema de governo presidencialista, através do poder de veto; ou se no seio do próprio Poder Legislativo, haja vista a possibilidade regimental de os parlamentos, internamente, impedirem a produção normativa inconstitucional, através de comissões permanentes de constitucionalidade.

Não se age como legislador negativo somente na ocasião em se retira norma posta do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade. Age-se também como legislador negativo, ao se impedir o ingresso de norma infraconstitucional no ordenamento jurídico, que tem a constituição, como fundamento último de validade de todas as normas do ordenamento¹⁷⁹.

Caso um projeto de lei ou uma proposta de emenda constitucional estejam em descompasso com norma constante da constituição – cláusulas pétreas na hipótese de proposta de emenda constitucional –, há mecanismos preventivos para impedir o ingresso da lei ou da emenda à constituição, no ordenamento jurídico. Dito de outra forma: não se atua como legislador negativo somente nas hipóteses em que se retira norma infraconstitucional inconstitucional do ordenamento jurídico, ou quando se declara a invalidez da norma, tendo como efeito a sua inaplicabilidade.

Nesse contexto, firma-se o entendimento de que o controle preventivo da constitucionalidade também tem natureza de legislação negativa, própria do poder/dever de se fazer a defesa da constituição, como função precípua dos Estados, que têm como princípio a supremacia da constituição. Daí por que se afasta qualquer controvérsia, sobre a atuação de legislador negativo dos órgãos imbuídos da tarefa de realizar o controle preventivo da constitucionalidade; e, por conseguinte, não se olvida de que, no controle político da constitucionalidade, mesmo em atuação preventiva, exerce-se a atividade de legislador negativo.

O sistema político de controle de constitucionalidade não é identificado apenas pela natureza do órgão que o exerce, mas (também) e, principalmente, pelo método que se utiliza no exercício da função de defesa da Constituição¹⁸⁰. Havendo método jurisdicional, por via de ação ou de incidente de uma ação (incidente este ocorrido num processo pré-existente, e aquela desencadeando um novo processo), se estará diante do sistema jurisdicional de controle jurisdicional de constitucionalidade, ainda que o

¹⁷⁹ No direito português, o controle preventivo não se dá por órgão político, mas sim pelo Tribunal Constitucional. Cfr.: António Vieira Cura: “A fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas tem lugar, consoante os casos: após a aprovação de decreto destinado a valer como lei ou como decreto-lei, mas antes da sua promulgação pelo Presidente da República; depois da aprovação de tratado ou de acordo internacional, mas anteriormente à sua ratificação ou assinatura pelo Presidente da República; ou após ter sido aprovado um decreto legislativo regional, mas antes de o Presidente da República, para a respectiva região autónoma proceder à sua assinatura (art. 278º, n. 1 e n.2 da C. Rep)”. (VIEIRA CURA, cit., p. 86/87).

¹⁸⁰ “O sistema jurisdicional, denominado judicial review no Estado Unidos da América do Norte, é a faculdade de que as constituições outorgam ao poder judiciário o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. É o sistema realizado tanto através de órgão único de caráter jurisdicional (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso)”. (SARMENTO, cit., p. 220).

processo tramite em órgão estranho ao Poder Judiciário, como o são alguns tribunais constitucionais.

É que o controle jurisdicional pode se dar por órgão exógeno ao Poder Judiciário, como ocorre com os tribunais constitucionais nos Estados nos quais eles não são abrigados naquele Poder. Assim, o controle será jurisdicional se o método utilizado para sindicá-la lei for o judicial, por via ação ou incidente de uma ação, um ou outro através de processo, que, embora não tenha natureza de processo judicial – se não for processado por órgão do Poder Judiciário –, não deixa de ser processo, quando tramita em tribunais constitucionais que não foram instituídos dentro da estrutura do Poder Judiciário. São processos por sua forma e método.

Ou seja, não é a natureza jurídica do órgão que exerce o controle que vai determinar se o sistema de fiscalização da constitucionalidade é político ou jurisdicional, tanto por haver controle jurisdicional praticado por órgão exógeno ao Poder Judiciário¹⁸¹, quanto por haver controle político de constitucionalidade exercido por órgão estranho aos Poderes Legislativo e Executivo.

Então, o controle de político de constitucionalidade não é só o exercido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, posto que este sistema de controle pode ser de competência de um outro órgão de natureza política (e não jurisdicional). É dizer, não havendo ajuizamento de ação e nem tendo sido suscitado incidente processual, com a finalidade de efetivar a defesa da Constituição, se está diante do sistema político de controle de constitucionalidade.

Com efeito, o controle político da constitucionalidade é realizado pelo Poder Executivo (geralmente em Estados de sistema presidencialista de governo)¹⁸² e pelo Poder Legislativo. Mas não só por eles dois, já que é emblemático o exemplo da França, em que se instituiu um Conselho Constitucional, exclusivamente para fazer a defesa da Constituição; e que tal órgão não pertence a nenhum dos três Poderes, excepcionando a teoria da tripartição das funções precípua, que filosoficamente foi concebida naquele país¹⁸³.

¹⁸¹ “À guisa de complementação, a justiça constitucional é exercida por tribunais sediados fora da estrutura funcional do Poder Judiciário em alguns Estados ocidentais, de maneira a garantir a independência da Corte Constitucional, tais como a Bélgica, Espanha, Hungria, Itália, Polônia, Portugal, Romênia e Sérvia”. (PEÑA DE MORAES, **Justiça Constitucional**, cit., p. 58)

¹⁸² “O gabinete é a mola mestra do aparelho governativo. Mas ele não é todo o poder, senão seu instrumento mais eficaz. O poder, este se desenvolve sem crises, numa impressionante unificação de forças, desde suas nascentes no povo até sua caudal no partido, desde sua circulação mais estreita pelos canais da maioria parlamentar até sua apertada passagem através da garganta ministerial, por onde as águas do poder se lançam ao estuário da vida nacional”. (BONAVIDADES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 192).

¹⁸³ “O axioma de Montesquieu teve profundo influxo no ânimo dos redatores da Declaração, os quais o incorporaram ao seu texto e depois o trasladaram para a Constituição de 3.3.1791. Do seguinte teor essa fórmula imperecível, que é o alicerce jurídico de todas as Constituições já promulgadas, porquanto não há Direito nem Justiça onde não se estabelecem limites à autoridade de que governa: ‘Toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação dos Poderes, não tem

Em verdade, não se trata de exceção ao princípio da tripartição orgânica do Poder, e sim, de consequência de um fenômeno atinente ao aperfeiçoamento do Estado, pelo qual novas funções precípuas, que escapam às três funções tradicionais, se agregaram ao Estado contemporâneo; assim como ocorre com a função de tomada de contas, a cargo das cortes de contas¹⁸⁴, com a função de defesa da ordem jurídica e de tutela dos interesses meta-individuais, a cargo do Ministério Público¹⁸⁵, e com a função de defesa da constituição, que interessa para este estudo.

Não obstante, alguns Estados terem previsto o controle repressivo/político de constitucionalidade¹⁸⁶, na maioria das vezes, o controle político de constitucionalidade é preventivo, e se manifesta antes do ingresso da norma infraconstitucional primária (ou da emenda constitucional) no ordenamento jurídico. Este meio de controle de constitucionalidade, não raro, é exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo (no presidencialismo), antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico.

O Poder Legislativo faz o controle preventivo de constitucionalidade, independentemente de se tratar de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional, seja fazendo observar as regras pertinentes ao processo legislativo, seja fazendo cotejo do conteúdo semântico do projeto de lei com o conteúdo semântico das normas constitucionais, e, ainda, seja fazendo o mesmo cotejo, no que se refere às propostas de emendas constitucionais e as normas constitucionais gravadas com cláusula de

Constituição' (*Toutesociété, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, n'ila séparation des Pouvoir déterminée, n'a point de Constitution*). Estava posto, assim, pela vez primeira no Direito Constitucional, como uma de suas colunas-mestras de sustentação e reconhecimento, o clássico princípio da separação de Poderes, do qual não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio". (*Idem*, cit., p. 31).

¹⁸⁴ "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, mediante controle externo, é coerente com o Estado Democrático de Direito [...] Tem por objetivo, nos termos da Constituição, a apreciação da legalidade dos atos de admissões de pessoal, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. [...] O controle externo é, pois, função do Poder Legislativo, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembléias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Câmaras Municipais nos Municípios com auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária". (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág. 752).

¹⁸⁵ "A função do magistrado do Ministério Público é, porém, diferente da do juiz: este aplica e concretiza, através da extrinsecação de normas de decisão, o direito objectivo a um caso concreto (*jurisdictio*); aquele colabora no exercício do poder jurisdicional, sobretudo através do exercício da acção penal e da iniciativa de defesa da legalidade democrática. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 684).

¹⁸⁶ "Há alguns mecanismos de atuação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar os atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo) e pelo Executivo (como recusa direta em aplicar norma inconstitucional). Em qualquer caso, havendo controvérsia acerca da interpretação de uma norma constitucional, a última palavra é do Judiciário". (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 68).

imutabilidade e/ou definidoras de regras atinentes a feitura das próprias emendas constitucionais¹⁸⁷.

Já o Poder Executivo, nos sistemas de governo presidencialistas¹⁸⁸, exerce o controle preventivo de constitucionalidade, por ocasião do veto presidencial ao projeto de lei aprovado pelo parlamento, tendo o vício de inconstitucionalidade como fundamento do veto – já, que, quando o veto se dá por motivo de interesse público, tem-se o veto político, que não tem natureza jurídica de controle da constitucionalidade. Note-se que os ordenamentos jurídicos não costumam prever o poder de veto às propostas de emenda constitucional¹⁸⁹, daí por que não há controle político/preventivo de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, nessa hipótese¹⁹⁰.

Em França o controle político/preventivo é feito pelo Conselho de Constitucional, pois as leis naquele país gozam de presunção de validade/constitucionalidade, devido ao princípio da supremacia do parlamento, que, no direito constitucional francês, faz com que o princípio da supremacia da constituição perca densidade jurídica. Não se admite a *judicial review*, na França, razão pela qual, na maior das vezes, uma norma só perde sua eficácia (atividade), quando revogada; respeitadas as hipóteses de ultratividade ou retroatividade normativa, que escapam aos efeitos da revogação.

No direito francês, até 2010 não se cogitava de que um órgão estranho ao parlamento pudesse retirar a eficácia de uma norma posta ou negar-lhe aplicação, por inconstitucionalidade ou outro motivo¹⁹¹. Depois da reforma constitucional de 2010, tornou-se possível o controle repressivo/político da constitucionalidade, pelo Conselho de Estado, desde que a norma constitucional violada pela lei, estrito senso, seja definidora

¹⁸⁷ “Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas)”. (MORAES, **Direito Constitucional**, cit., p. 39).

¹⁸⁸ “Embora o veto político do Presidente da República não seja fundamentado, por regra, em objecções de constitucionalidade sobre os diplomas enviados para promulgação (já que, se essas objecções ocorrerem, se tem por adequada a convocação do instituto da fiscalização preventiva) nada impede, contudo, o Chefe de Estado de fundamentar o mesmo veto, em razões presas a valores constitucionais”. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça constitucional: Tomo I. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade**, cit., p. 88).

¹⁸⁹ “Como decisão política soberana do Poder Legislativo, a emenda à Constituição não está sujeita ao veto ou à sanção do Presidente da República”. COSTA, Famblo Santos. **O poder constituinte de reforma: análise da emenda constitucional nº 16, de 04/06/1997, que garantiu a reeleição da chefia do Poder Executivo**. 175 f”. (Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. 2001).

¹⁹⁰ “L’insertion dans la Constitution de textes limitant la puissance des Legislatures soit inconciliable avec la conception qui rapporte à la volonté générale et à la souveraineté du peuple le lois émanées de ces assembles représentatives” (MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la théorie générale de l’État**. Paris: Dalloz, 2014, p. 112)

¹⁹¹ “Assim, na França, desde o abade SIEYÈS, o sistema de controle de constitucionalidade, quando previsto, era atribuído a órgãos de natureza política. Atualmente, prevê a vigente Constituição da França, de 04 de outubro de 1958, um órgão político – o Conseil Constitutionnel – como o único competente para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis naquele país”. (CUNHA Jr., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodovim, 2006, p. 19).

de direitos e liberdades fundamentais. E isso não equivale a *judicial review*, porque o Conselho Constitucional Francês não é órgão de jurisdição constitucional.

Algumas constituições previram o controle repressivo/político da constitucionalidade pelo parlamento; ou a participação do parlamento na atribuição de eficácia transcendente às decisões da fiscalização judicial difusa da constitucionalidade, prolatadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (Art. 52, X da Constituição da República do Brasil, de 05 de outubro de 1988), hipótese em que, não só a eficácia das decisões dos métodos difuso e concentrado de controle jurisdicional da constitucionalidade aproxima-se, como também os sistemas político e jurisdicional de defesa da constituição convergem, haja vista que a eficácia *erga omnes* de uma decisão judicial (do controle jurisdicional) é dada por um órgão político, e por mecanismo político.

O controle repressivo/político de inconstitucionalidade exercido pelo Poder Executivo, inobstante haja na doutrina quem o defenda¹⁹², é não só temerário como é antidemocrático; primeiro porque fere o princípio da legalidade, que alicerça o constitucionalismo democrático e que, por isso, deve balizar os atos da Administração Pública¹⁹³; e depois porque atribuir função/dever de defesa da constituição, após o ingresso da lei no ordenamento jurídico, ao chefe de governo, em Estados que adotam o sistema presidencialista, faz curvar o Parlamento diante de quem governa (no sentido de administrar), quando na democracia representativa é o governo/administração que deve respaldar suas decisões no parlamento, mesmo no presidencialismo.

Além disso, não é incomum as constituições já municiarem o Poder Executivo do poder/dever de veto de projeto de lei, por vício de inconstitucionalidade. Mesmo assim, em atenção ao *checks and balance*, essas constituições preveem, outrossim, que o veto possa ser derrubado pelo próprio parlamento, em aceno indubitado à prevalência do parlamento, ainda que este atue, nestes casos, com a observância de quórum especial.

Eis por que é um despautério aceitar que o chefe de governo, tendo tido seu veto derrubado pelo parlamento, possa deixar de aplicar uma lei, por vício de

¹⁹² “Tendo em conta que todos os poderes estão igualmente subordinados à Constituição, não se pode impedir o Chefe do Executivo (municipal, estadual ou federal) de negar cumprimento a uma lei ou ao normativo que entenda ser inconstitucional, independentemente de ter sido elaborado pela União, pelo Estado-membro ou pelo Município. Neste caso, deve justificar o motivo da recusa por escrito e dá publicidade ao ato. Por uma questão de coerência, o Presidente da República ou o Governador de Estado deve ajuizar, simultaneamente à negativa de cumprimento, uma ADI impugnando o ato combatido. Na hipótese de declaração da constitucionalidade da lei, a negativa de cumprimento pelo Chefe do Executivo não poderá permanecer”. (NOVELINO, cit., p. 247 e ss.).

¹⁹³ “Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele”. (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102 e s.).

inconstitucionalidade, em total desequilíbrio ao sistema de “freios e contrapesos”. Ademais, a possibilidade de controle repressivo exercido pelo chefe de governo, por motivos lógicos, esvaziaria o instituto do veto, que se tornaria absolutamente dispensável.

2.2. Fiscalização judicial da constitucionalidade

O sistema de controle judicial da constitucionalidade é menos definido pelos os órgãos que o exerce, do que pelo método utilizado para fins de controle, haja vista a fiscalização judicial da constitucionalidade nem sempre ser prestada pelo Poder Judiciário. É que, em alguns Estados, conforme já se demonstrou neste estudo, a jurisdição constitucional é prestada por tribunais constitucionais, que não estão inseridos dentro da estrutura constitucional do Poder Judiciário¹⁹⁴.

Tem-se que jurisdição é o poder/dever do Estado para solucionar conflitos¹⁹⁵, que são deduzidos em juízo, através do exercício do direito de ação¹⁹⁶, que se materializa em processo judicial, no qual se aplica o direito posto, ou na falta deste (direito posto), se julga com a equidade. Pois, o monopólio da solução das lides¹⁹⁷, que são conflitos de interesse, qualificados por uma pretensão resistida, é do Estado, desde que este é a mais complexa organização social da História da Humanidade¹⁹⁸. Dito de outra forma, o Estado

¹⁹⁴ “A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constutuionalidad de las leys y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un ‘gobierno de los juices’, perigo sentido por amplos sectores de la doctrina europea de la época, como revela el clásico libro de Lambert, encuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocrática”. (SEGADO, cit., p. 27).

¹⁹⁵ “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)”. (DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 95)

¹⁹⁶ “... ação é costumeiramente definida como direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final ou, especificamente no processo de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o mérito da causa ou ainda direito à sentença de mérito”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil, vl I**. 3. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 300 e s.).

¹⁹⁷ “Lide é litígio. Na clássica conceituação de Carnelutti, é conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Ultrapassada a fase de nossa civilização em que tudo se resolvia através da autotutela, e com o desenvolvimento da noção de Estado (consequentemente de Estado de Direito), atribuiu-se a este, através de um de seus alicerces, o Judiciário, a responsabilidade pela resolução dos conflitos intersubjetivos”. (MOREIRA, Marcelo Silva. **Lide - característica exclusiva da jurisdição? Âmbito Jurídico**, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5294>. Acesso em: 25 mar. 2016.).

¹⁹⁸ “Considerando desnecessárias, para os propósitos deste trabalho, incursões mais profundas pelos inúmeros autores que formularam conceitos sobre o Estado, relembremos apenas o que dizem os manuais: Estado é a um nação politicamente organizada, conceito sintético que demandaria desdobramentos esclarecedores, pelo menos quanto aos chamados elementos constitutivos do Estado – povo, território e governo – e, principalmente, sobre o modo como, em seu interior, se exerce a violência física legítima, cujo monopólio Max Weber considera necessário à própria existência do Estado Moderno”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p 33).

substituiu a autotutela na solução de conflitos¹⁹⁹, dirimindo-os, através de um órgão do Poder Judiciário, dentro do esquema da tradicional teoria da tripartição das funções precípua do Estado²⁰⁰.

Esse poder/dever se manifesta toda vez que alguém se utiliza do direito de ação, que consiste no direito público, oponível contra o Estado-juiz, para deste obter uma prestação jurisdicional²⁰¹, com o fim de se ter um bem da vida, e/ou um direito, tutelado pelo Estado, uma vez que, com o monopólio da jurisdição pelo Poder Público, a autotutela, salvo exceções, expressamente previstas em lei²⁰², restou ilegítima.

Daí não se confundirem tutela jurisdicional²⁰³ e prestação jurisdicional²⁰⁴. Esta é qualquer resposta do Estado-juiz a quem ajuíza uma ação, inclusive a negação da tutela que se pretende; e aquela é a resposta do Estado-juiz, pela qual se satisfaz (em) o (s) pleito (s) deduzido (s) em juízo pelo autor, ou pelo réu (na contestação)²⁰⁵, e até por ambos – nos casos de deferimento parcial do pedido formulado pelo autor. Com a prestação jurisdicional, pode-se obter ou não a tutela pretendida.

¹⁹⁹ “Antigamente, quando o Estado ainda não tinha poder suficiente para ditar normas jurídicas e fazer observá-las, aquele que tinha um interesse e queria vê-lo realizado fazia, através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava o seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada “justiça do mais forte sobre o mais fraco”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 9. ed. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55).

²⁰⁰ “Mais propriamente, pode-se dizer que o Poder Judiciário é um conjunto de elementos pessoais e materiais inter-relacionados, que tem a finalidade específica de assegurar o desempenho da função jurisdicional do Estado. Da mesma maneira como o Poder Legislativo e o Poder Executivo são as organizações que asseguram o desempenho das funções legislativas e administrativa, o Poder Judiciário é um conjunto sistematizado de juízos e tribunais destinado a exercer a função jurisdicional do Estado”. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2001, p. 110).

²⁰¹ “Enquanto a ação se dirige ao Estado e por isso tem natureza sempre pública e um conteúdo uniforme, qual seja, o pedido de tutela jurisdicional a um direito próprio (embora varie o tempo de provimento que cada vez se pede ao juiz e cada vez que se pede ao juiz). (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, vl I. 3. ed. Tradução: DINAMARCO, Cândido Rangel. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198).

²⁰² “São exemplos: a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos, a guerra etc. Em qualquer caso, é passível de controle posterior pela solução jurisdicional, que legitimará ou não a defesa privada. Ainda se justifica, em alguns casos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo e pela ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio”. (DIDIER Jr., cit., p. 105).

²⁰³ “Como o direito de agir é concedido para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que existe apenas quando há necessidade dessa tutela, ou seja, quando o direito ou interesse legítimo não foi satisfeito como era devido”. (LIEBMAN, cit., p. 199).

²⁰⁴ “A ação, como **direito ao processo e ao julgamento do mérito**, não garante o resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu. Só com o exercício da ação se saberá se o autor tem ou não razão: só correndo o risco de perder poderá ele procurar vitória”. (*Idem*, p. 200).

²⁰⁵ “A peça denominada “contestação” corresponde ao campo mais amplo para a arguição da defesa do réu. Ressalvada a matéria reservada às exceções (impedimento, suspeição e incompetência relativa), todo o restante do conteúdo da defesa que o réu tiver a opor à pretensão do autor deverá ser reduzido pela via processual da contestação, seja em termos processuais, seja em termos de direito material”. (MARINONI e ARENHART, cit., p. 136).

A jurisdição é prestada através do processo judicial²⁰⁶, findo o qual, o Estado-juiz terá tutelado, ou não, o bem da vida, que é o objeto da ação. É que o processo pode findar sem resolução do mérito, quando faltar uma condição da ação²⁰⁷, ou um pressuposto processual, de instauração ou desenvolvimento válido do processo;²⁰⁸ pode ter o mérito julgado com procedência do pedido, ocasião em que terá sido prestada tutela jurisdicional ao autor da ação; pode ter o mérito julgado com improcedência do pedido formulado pelo autor na petição inicial, caso em que a tutela jurisdicional não terá sido prestada ao autor e sim ao réu; ou pode ter o mérito julgado com procedência parcial do pedido constante da inicial, ocasião em que a tutela jurisdicional terá sido entregue tanto ao autor, quanto ao réu.

Em linhas gerais, a jurisdição constitucional se assemelha a jurisdição ordinária. No que tange ao direito de ação, ao processo, às condições da ação, aos pressupostos processuais de instauração e desenvolvimento válido do processo, ao pedido incidente e ao pedido final, à tutela final e à tutela cautelar, as condições de procedibilidade, ao ato que põe termo ao processo (sentença lato senso), a jurisdição constitucional, em que pese tenha algumas peculiaridades que a distingue da jurisdição ordinária, guarda inúmeros pontos de convergência com esta última.

Nos Estados em que a *judicial review* é feita pelos órgãos do próprio Poder Judiciário, a jurisdição constitucional é espécie do gênero jurisdição ordinária, ocasião na qual se dá o fenômeno da heterogeneidade da jurisdição, chegando mesmo a se confundirem os dois tipos de jurisdição, nas ordens constitucionais, em que só existe a modalidade difusa do controle jurisdicional da constitucionalidade²⁰⁹.

Jurisdição constitucional é o poder/dever de solucionar conflitos de natureza jurídica/material constitucional, ou de resolver “lides constitucionais”, como ocorre no controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade. E mesmo nos Estados, nos quais

²⁰⁶ “Se o processo é um instrumento, e se para o exercício da jurisdição por meio do processo são traçados, pela lei, vários procedimentos – que devem estar de acordo com as normas e os valores constitucionais –, o processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição Federal, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional”. (MARINONI e ARENHART, cit., p. 55).

²⁰⁷ “O Código de Processo Civil brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segunda a qual o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman, processualista italiano cujas lições exercem forte influência na doutrina brasileira. Seriam elas a legitimidade ad causam, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido”. (DIDIER Jr. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento**, cit, p. 211).

²⁰⁸ “Pressupostos processuais são todos os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, aspecto formal do processo, que é ato-complexo de formação sucessiva. Há pressupostos do procedimento principal, do procedimento incidental e do procedimento recursal. Normalmente, a doutrina costuma referir aos pressupostos de existência e aos requisitos de validade, não tratando dos fatores de eficácia”. (*Idem*, p., 244).

²⁰⁹ “Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 957).

há, exclusivamente, a modalidade concentrada de fiscalização judicial da constitucionalidade, e nos quais essa fiscalização é exercida por um Tribunal Constitucional, apartado do Poder Judiciário, realiza-se jurisdição constitucional quando se faz a fiscalização da constitucionalidade.

É que jurisdição, como poder/dever de solucionar conflito, embora seja função precípua do Poder Judiciário, pode ser prestada por órgão exógeno a esse Poder, sem que com isso deixe de ser jurisdição, porque o método pelo qual se soluciona o conflito de cunho constitucional é o jurisdicional, por via de ação ou via incidental, através de técnica processual, com todos os institutos inerentes à jurisdição constitucional prestada pelo Poder Judiciário (nos Estados que adotam o controle difuso, ou nos que exercem o controle concentrado por um órgão de cúpula do Poder Judiciário, ou nos que possuem jurisdição constitucional mista)²¹⁰.

Significa dizer que o método utilizado pela fiscalização judicial da constitucionalidade é o método jurisdicional, por mais óbvia que seja esta afirmação. E esse método é a jurisdição constitucional. Não havendo controle jurisdicional de constitucionalidade sem haver ação (que pode até não ser judicial, se o órgão for estranho ao Poder Judiciário), sem haver processo, sem haver julgamento, sem haver análise de condições da ação e de pressupostos processuais, etc., não importando se o processo tramita em órgão estranho ao Poder Judiciário.

Então, se a jurisdição ordinária é poder/dever de prestar a tutela jurisdicional, em razão da proibição geral de autotutela, na solução das lides: a jurisdição constitucional é o poder/dever de declarar a validade ou a invalidade de uma norma infraconstitucional²¹¹, como incidente de um processo, no controle difuso/concreto; ou como objeto de uma ação, no controle concentrado/abstrato.

Embora, não exista lide constitucional em sentido estrito, tem-se conflitos a serem dirimidos através da jurisdição constitucional, seja pelo método difuso, seja pelo método concentrado de fiscalização judicial da constitucionalidade. Na fiscalização difusa, uma lide, que tem como objeto um bem da vida, é deduzida em juízo, e a questão constitucional é decidida, como incidente no mesmo processo, no qual são partes os litigantes da lide,

²¹⁰ *“La abstracción significa que el proceso de constitucionalidad surge a margen de uno caso judicial. La concreción deriva de la relación de prejudicialidad que, en conexión con la relevancia (constatada en el oportuno ‘juicio de relevancia’) de la cuestión de inconstitucionalidad, se establece entre los dos juicios en base a que, mientras en uno tal norma constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro, es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un caso concreto en cuyo ámbito la norma controlada ha de encontrar aplicación”.* (SEGADO, cit., p. 34).

²¹¹ *“Se o juiz, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto. [...] o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, por maioria absoluta, poderá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei. Nesse caso, a tradição brasileira, iniciada com a Constituição de 1934, prevê a comunicação da decisão ao Senado Federal, que poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional. Na constituição de 1988, a providência consta do inciso X do art. 52”.* (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 111 e 150).

desencadeando a manifestação da jurisdição constitucional, que, no caso, é prestada por qualquer órgão judicial do Estado, com o fim de declarar se aplica ou não uma norma, que, ou serve de fundamento jurídico para pretensão do autor, ou serve de fundamento jurídico para resistência do réu.

No controle concentrado, o que se pretende é a defesa mesma da Constituição, no sentido de se preservar a força normativa do texto constitucional, declarando a invalidade de uma norma infraconstitucional, cujo conteúdo semântico seja incompatível com o discurso normativo constitucional, ou cuja feitura não tenha observado o processo legislativo, previsto pela constituição. Nesta hipótese, não se cogita haver lide, estrito senso, ainda que, algumas constituições, prevejam um contraditório, em sede de controle abstrato jurisdicional da constitucionalidade²¹².

O sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade, em regra, tem caráter repressivo, apesar de haver, excepcionalmente, controle judicial, antes do ingresso da norma infraconstitucional no ordenamento jurídico. O fundamento da possibilidade de revisão judicial de lei posta pelo parlamento, negando aplicabilidade da lei, quando detectada sua invalidade em face da Constituição, é o mesmo fundamento que legitima a solução do conflito de normas no tempo, em que o Estado-juiz declara qual a norma se aplica, em razão do fenômeno jurídico da revogação, sem embargo da possibilidade de se aplicar a norma não vigente, por conta de outro fenômeno jurídico, o da extratividade normativa. Ora, quem pode cotejar lei com lei, como o fito de se aferir vigência, não só pode, como o deve cotejar lei com constituição, a fim de verificar validade normativa.

O controle judicial da constitucionalidade, anterior ao ingresso da norma do ordenamento jurídico, será visto mais detidamente, quando estudo do controle da constitucionalidade no Brasil. Em linhas gerais, tal controle se dá, quando o Poder Judiciário pode ser acionado, com a finalidade de impedir e feitura da norma infraconstitucional (na hipótese de o projeto de lei ter conteúdo semântico incompatível com o discurso constitucional, ou conter vício de forma). Em todo caso, é rara esta hipótese de controle, porque uma coisa é a função de legislador negativo, derivada do poder/dever de defesa da constituição, pela qual não se estar violando o princípio da tripartição orgânica dos Poderes; outra coisa é a possibilidade de um Poder intervir em outro.

Portanto, há duas modalidades de controle jurisdicional da constitucionalidade: o difuso, realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário; e o concentrado, realizado por um órgão de cúpula do Poder Judiciário, ou por tribunal constitucional, exógeno a esse

²¹² “Quanto à obrigatoriedade de defesa do ato impugnado, a jurisprudência do STF vem interpretando este múnus com temperamentos, contrariando a literalidade deste dispositivo constitucional (CF, art. 103, § 1.º). O Tribunal tem adotado o entendimento de que o AGU não estaria obrigado a defender o ato normativo questionado, sobretudo quando já houver pronunciamento do próprio STF no sentido da inconstitucionalidade da tese jurídica discutida. Em casos nos quais o interesse da União coincide com o daquele que ajuizou a ADI, o Tribunal considerou que a exigência de defesa do ato impugnado pelo AGU implicaria a retirada de sua função primordial, qual seja, defender os interesses da União (CF. art. 131)”. (NOVELINO, cit., p. 297).

Poder, com competência exclusiva para prestar jurisdição constitucional. Havendo ainda, a combinação das duas modalidades de fiscalização judicial da constitucionalidade, denominada pela doutrina de controle jurisdicional misto da constitucionalidade²¹³.

2.3. O método norte-americano de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade: a afirmação da “judicial review”

O controle jurisdicional difuso da constitucionalidade recebe esta denominação doutrinária porque qualquer órgão do Poder Judiciário, de ofício, ou a requerimento de uma das partes do processo²¹⁴, ou do Ministério Público²¹⁵, tem o poder/dever de declarar a inconstitucionalidade de norma infraconstitucional, em razão do que, se decide pela inaplicabilidade da norma ao caso concreto²¹⁶. Eis porque, tal controle também recebe a denominação de controle concreto.

Denomina-se, outrossim, de controle incidental, porque a declaração de inconstitucionalidade se dá em um incidente de um processo, que está sendo julgado em sede de jurisdição ordinária, ou seja, se dá por via indireta. Aí está o motivo de neste

²¹³ “La vía expansiva del control de constitucionalidade, ha determinado, de igual manera, que ordenamientos que, inicialmente y por influencia, adoptaron el modelo difuso de control de constitucionalidade, hayan modificado sus planteamientos constitucionales, y hayan instaurado sistema de control de constitucionalidad concentrado, o hayan creado Salas Constitucionales en el Tribunal Supremo. Es el caso de la mayor parte de los Estados Latinoamericanos”. (RIVERO, MARTÍNEZ e MARTÍNEZ, cit., p. 193).

²¹⁴ “Parte processual é aquela que está na relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão final. [...] Parte material ou do litígio é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual, pois, como se viu, o Direito pode conferir a alguém, em certas hipóteses, a legitimação para defender, em nome próprio, interesse alheio. [...] Parte legítima é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo aquela determinada situação jurídica; parte ilegítima, por consequência, é o sujeito que, não obstante esteja em juízo, não tem autorização para tanto. Sucede que a parte ilegítima também é parte, até porque pode alegar a sua própria ilegitimidade”. (DIDIER JR. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**, cit., p. 232).

²¹⁵ “A função de custos legis, ou de fiscal da lei, é desempenhada, no sistema processual brasileiro, primordialmente, pelo Ministério Público, o qual deve atuar, nesses casos, de forma absolutamente imparcial, desvinculado do interesse subjetivado trazido ao processo. Sua missão é a de fiscalizar e de participar do processo em busca de um resultado compatível com os preceitos do direito objetivo e, justamente em razão disso, fiel aos valores tutelados nas normas”. (RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional**. 163 f. (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de São Paulo - USP, São Paulo. 2009).

²¹⁶ No direito português, não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade no controle concreto, mas sim de decisão de (in) aplicabilidade, em razão de sua (in) constitucionalidade. Nesse sentido, cfr. António Vieira Cura: “Se um tribunal for confrontado pelas partes com a questão da inconstitucionalidade (ou ilegalidade) de determinada norma e concluir pela sua inconstitucionalidade (ou ilegalidade), ou se conhecer ‘ex officio’ da mesma, limitar-se-á a não aplicar ao caso concreto que lhe compete julgar; se entender que ela não viola a Constituição ou os pressupostos nela consagrados (ou a lei), então aplicá-la-á na resolução do caso (nota 243.)”. (VIEIRA CURA, cit., p. 88).

trabalho se ter afirmado que, no controle difuso, a jurisdição constitucional é expressão da jurisdição ordinária, já que, em meio a esta, se manifesta²¹⁷.

Esse método de controle impõe que a inconstitucionalidade seja declarada de ofício, desde que não seja instaurado o incidente de inconstitucionalidade, uma vez que sempre que o juiz ou o tribunal (este por órgão fracionário, especial, ou por seu pleno) aplica uma lei a um caso concreto, presume-se que a lei foi considerada constitucional (por quem a aplicou, juiz ou tribunal *a quo*)²¹⁸. O incidente de inconstitucionalidade não precisa ser instaurado para que o juiz deixe de aplicar uma norma infraconstitucional fundamentado em inconstitucionalidade, já que sendo a validade normativa questão de ordem pública, é dever do juiz conhecê-la de ofício.

A doutrina costuma denominar a fiscalização difusa da constitucionalidade de controle por “via de exceção”²¹⁹. Data vênia, tal denominação, embora usual, parece não ser bem apropriada. Ainda que “via de exceção” aparentemente se contraponha ao incidente de exceção de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, porque pode fazê-lo da mesma forma que o faz em situações de direito intertemporal, quando se declara qual norma incide sobre o fato de um caso concreto, quando há sobreposição de norma vigente e norma revogada, de igual estatura. Isso não significa dizer que não haja exceção de inconstitucionalidade, como incidente de um processo.

O mesmo se diga relativamente à denominação de “via de defesa”, dada ao controle difuso. E aqui com maior razão. É que além do juízo ter o dever de declarar inconstitucionalidade de norma infraconstitucional inconstitucional, desde que questão de constitucionalidade é matéria de ordem pública. Aliás, na causa-piloto na qual se declarou a inconstitucionalidade de uma lei, em face da Constituição dos Estados Unidos da América, no emblemático caso *Melbourne versus Madson*, a inconstitucionalidade foi declarada de ofício, pelo Juiz Marshall, relator do caso concreto²²⁰.

²¹⁷ “El sistema difuso era caracterizado como *incidental* (...), *especial* (...), y *declarativo* (...) y obviamente *presupõe* que todos los organos jurisdiccionales (...) pueden ejercerlo”. (SEGADO, cit., p. 29).

²¹⁸ “No que concerne ao **controle judicial difuso**, verifica-se que qualquer juiz pode pronunciar-se num juízo incidental, *ex officio* ou por iniciativa das partes, sobre a inconstitucionalidade de um acto jurídico-público, procedendo à sua desaplicação no caso concreto, tendo a decisão eficácia *inter-partes*”. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional: Tomo I. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade**, cit., p. 285).

²¹⁹ “O controle incidental é conhecido também como controle por via de defesa (ou por via de exceção), denominação que não se revela apropriada, haja vista que a alegação da inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como meio de defesa, mas também quando da propositura de uma ação (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção etc.)”. (NOVELINO, cit., p. 250).

²²⁰ “A circunstância de a *Supreme Court* não se ter limitado a invocar que não tinha competência para julgar o caso e ter optado por declarar a inconstitucionalidade do mencionado preceito é considerada por alguns autores como mais um argumento a favor da ideia de que em **Marbury v. Madison** não estavam em causa apenas questões de natureza estritamente jurídica. De igual forma, o facto de a *Supreme Court* ter começado por apreciar o mérito da causa em vez de julgar de imediato a questão prejudicial da sua competência dá ainda mais consistência a essa leitura”. (URBANO, cit., p. 63).

Ademais, também a parte autora, do processo concreto, pode desencadear um incidente de inconstitucionalidade, sendo cediço que defesa processual cabe a quem figura no polo passivo da ação e não quem figura no polo ativo. Ainda que se diga que, “via de defesa” seria uma nomenclatura utilizada em alusão ao uso do mecanismo de controle constitucional, na defesa de direito material, pelo que seria possível a denominação igualmente quando o autor requeresse a instauração do incidente; não se deve aceitar tal argumento, haja vista que: incidente de inconstitucionalidade, questão prejudicial, questão de ordem pública, defesa processual, etc., são institutos de direito processual, daí por que inapropriada a terminologia “via de defesa”.

Quanto à denominação a este método de controle judicial da constitucionalidade, como *via indireta*, entende-se ser pertinente, porque ao inverso do controle concentrado, que é feito por via de ação direta, em que o objeto da ação é o controle de constitucionalidade, que se revela com a declaração de inconstitucionalidade como pedido final; no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade nem é objeto da ação e nem figura como pedido final, sendo formulada como pedido incidental, por ser verdadeira questão prejudicial, pelo que se declara a inconstitucionalidade por via indireta.

O controle difuso da constitucionalidade pode ser feito, inclusive, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, seja em sede de competência originária, como foi o caso *Melbourne versus Madson*, seja em sede de competência recursal ordinária, seja em sede de recurso excepcional, neste último caso como manifestação da função/dever de guardião da Constituição do órgão de cúpula, onde não há tribunal constitucional apartado do Poder Judiciário, já que em alguns ordenamentos o órgão de cúpula faz as vezes de tribunal constitucional²²¹.

Como se vê, é factível que a eficácia das declarações de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade seja *erga omnes*, na fiscalização judicial difusa da constitucionalidade, ocasião em que a eficácia transcenderá o processo no qual foi exarada a decisão sobre a questão de constitucionalidade. Desde que haja mecanismo constitucional para este fim, principalmente, nos Estados adeptos do *civil law*, que, diferentemente dos Estados Unidos, não adotam a doutrina do *stare decisis*; do contrário a decisão de mérito, proferida em sede de controle difuso, terá eficácia *omne omne*, independentemente de o julgado ter sido prolatado por tribunal constitucional²²².

²²¹ “Este tipo comporta uma grande variedade de subtipos: o órgão competente para a fiscalização tanto pode ser um órgão da jurisdição ordinária (ex.: Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para o efeito (ex.: um Tribunal Constitucional)”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 898).

²²² Tome-se o exemplo do direito português: “A Constituição não o diz expressamente, mas os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional que julgue uma norma inconstitucional ou ilegal, em sede de fiscalização concreta, restringem-se ao caso concreto, repercutindo-se apenas na decisão que havia sido proferida pelo tribunal ‘*a quo*’. Isso resulta, nomeadamente, da contraposição entre essa forma de fiscalização e a fiscalização abstracta, em que a declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade ‘tem força obrigatória geral’ (art. 281º, n. 1, da C.Rep.) e da circunstância de só depois de uma norma ser julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos se seguir o processo destinado a declarar a sua

Isso, se o órgão de cúpula do Poder Judiciário estender a todos a eficácia que, outrora, era *omne omne*, mesmo no exercício da fiscalização judicial da constitucionalidade difusa. Há ordenamentos jurídicos que preveem eficácia transcendente automática, como o dos Estados Unidos, no qual, embora a fiscalização judicial da constitucionalidade se dê, exclusivamente, pela via difusa, há a doutrina do *stare decisis*²²³.

Entretanto, para as partes do processo em que foi decidida a questão constitucional, ou seja, com eficácia *omne omne*, o efeito da declaração de inconstitucionalidade será *ex tunc*²²⁴, independentemente de ser declarada inconstitucionalidade ou constitucionalidade (da norma infraconstitucional). Tem-se o efeito *ex tunc*, porque sempre a norma infraconstitucional terá sido constitucional sempre, se for declarada a constitucionalidade da lei. Em sentido inverso, a norma infraconstitucional sempre terá sido inconstitucional para as partes do processo, caso seja a lei declarada inconstitucional, havendo, portanto, pronúncia de nulidade obrigatoriamente.

Porém, na hipótese de a eficácia da decisão da questão de constitucionalidade transcender o processo concreto, no qual ela foi decidida, implicando em eficácia *erga omnes*, o efeito da decisão será *ex nunc* quanto à declaração de inconstitucionalidade, e *ex tunc* para declaração de constitucionalidade; sendo, na primeira hipótese, passível de modulação de efeitos²²⁵.

A declaração incidental de inconstitucionalidade, enquanto não lhe for atribuído eficácia transcendente, implica tão somente na inaplicabilidade da norma infraconstitucional considerada inválida, para as partes. É dizer: não necessariamente a declaração de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional, invocada como fundamento do pedido do autor, implicará em improcedência do pedido por ele formulado; e nem a declaração de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, na qual se fundamenta o pedido do réu, implicará em procedência do pedido do autor.

inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral (art. 281º, n. 3, da C.Rep. e art. 82º da LOFPTConst.)". (VIEIRA CURA, cit., p. 100).

²²³ "Na lógica do modelo norte-americano da *judicial review*, o efeito típico da decisão de controlo difuso de constitucionalidade é a declaração de nulidade e não apenas de anulabilidade, do ato normativo (decisão essa que sendo adotada pela *Supreme Court*, de acordo com o princípio do *stare decisis*, do sistema da *common law*, vincula os juizes e tribunais inferiores)". (ALVES CORREIA, **Justiça Constitucional**, cit., p. 116)

²²⁴ "A lei é contrária à Constituição desde a sua entrada em vigor, motivo pelo qual a eficácia invalidante deveria tornar-se extensiva a todos os atos praticados à sombra da lei inconstitucional. Daí o seu efeito *ex tunc*". (*Idem*, p. 116).

²²⁵ "Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é"! (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 153).

Posto que, tanto o pedido do autor pode ser julgado procedente, tendo como fundamento outra norma infraconstitucional, não declarada inconstitucional; quanto o pedido do autor pode ser julgado improcedente, mesmo que o (contra) pedido do réu seja fundamentado em uma norma infraconstitucional, não declarada inconstitucional. É que, a rigor, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade impacta o julgamento final do processo de forma reflexa, apenas.

Não por obra do acaso, o método difuso de controle da constitucionalidade inaugurou, na História do Direito, o sistema judicial de defesa da constituição. Tal método dispensou a necessidade de existência de norma constitucional que o previsse. É que, sendo os Estados Unidos, herdeiros da doutrina do *stare decisis*, instituto próprio do *common law*, pela qual o direito é substancialmente produzido por precedentes judiciais; e que o direito constitucional norte-americano adotado o princípio da supremacia da constituição; não necessariamente nesta ordem, afirmou-se, naquele ordenamento jurídico, sem sobressaltos, a *judicial review*²²⁶, mecanismo pelo qual qualquer órgão do Poder Judiciário pode afastar a aplicabilidade e/ou incidência de uma lei.

Aliás, as soluções dadas para as questões de direito intertemporal serviram de base para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pois se a incidência de uma lei vigente pode ser afastada para se fazer incidir uma lei revogada, com maior razão uma lei deve ser declarada nula, se incompatível com a Constituição. Esse foi o argumento utilizado na primeira decisão de declaração de inconstitucionalidade da História, no caso *Marbury versus Madison*, posto que o relator, juiz Marshall, fundamentou a possibilidade de cotejo entre uma norma legal e uma norma constitucional, nos mesmos postulados técnicos jurídicos, que embasam o cotejo entre duas normas jurídicas, quando em aparente conflito colocado por força de direito intertemporal.

Por todo o exposto, vê-se porque o método difuso de fiscalização judicial da constitucionalidade é chamado de método americano. Até hoje este o método difuso é o único método de controle jurisdicional da constitucionalidade, adotado pelos Estados Unidos. Em posição diametralmente oposta, o método concentrado é conhecido como método europeu de fiscalização judicial da constitucionalidade. Sem embargo de haver Estados que adotam os dois métodos²²⁷.

²²⁶ “Nos Estados Unidos, onde surgiu esta espécie de controle de constitucionalidade, atribui-se o devido peso aos precedentes dos tribunais superiores (*stare decisis*), considerados vinculantes para os tribunais inferiores (*binding effect*)”. (NOVELINO, cit., p. 265).

²²⁷ “Como cada Estado Democrático de Direito, dependendo da sua realidade histórica, detém um sistema de jurisdição constitucional, que configura um modelo para a função de controle das suas leis e atos normativos, o capítulo primeira analisa os seguintes: a) o sistema difuso de jurisdição constitucional, que se exemplifica através dos Estado Unidos da América; b) o sistema concentrado de jurisdição constitucional, cujos exemplos são a Áustria, a Alemanha e a Itália; e c) o sistema misto de jurisdição constitucional, em que se vislumbram os sistemas de Portugal, da Venezuela, do Peru e do Brasil”. (PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal federal como legislador positivo**. 381 f. (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre. 2007).

Acrescente-se que o controle judicial difuso da constitucionalidade, mesmo quando exercido por juízo monocrático, é indubitavelmente manifestação do poder/dever de defesa da ordem constitucional e, por via de consequência, constitui atividade típica de legislador negativo, já que por este método também se declara a inconstitucionalidade de norma infraconstitucional, razão por que se pode não aplicar uma norma legal, quando o juiz entender ser esta norma inconstitucional.

Nesse sentido, nos Estados que adotam o controle difuso de constitucionalidade, todo o Poder Judiciário está investido do poder/dever de defesa da Constituição, cabendo a qualquer órgão judicante a jurisdição constitucional e, portanto, a *judicial review*. O mesmo se diga dos Estados que adotam os dois métodos de controle jurisdicional da constitucionalidade, pois nesses também qualquer órgão do Poder Judiciário, além do órgão de cúpula, funciona como legislador negativo, posto que ao Poder Judiciário é atribuída a função precípua de defesa da Constituição.

2.4. O método europeu de fiscalização judicial de constitucionalidade e o dogma da separação dos poderes

O controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade, igualmente denominado, controle abstrato ou controle objetivo, tem sua origem na Constituição Austríaca de 1920²²⁸, a partir do projeto constitucional de Hans Kelsen²²⁹, tendo se constituído num marco do direito constitucional comparado, a influenciar toda a Europa Continental, que admite controle jurisdicional repressivo, notadamente no Segundo Pós-Guerra²³⁰²³¹.

²²⁸ “... la Constitución de República Federal Austriaca (*oktober-verfassung*) de 1 de octubre de 1920, diseñará uno nuevo sistema de controle de constituicionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá del modelo americano no sólo en la atribución a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, de la facultad de verificar el control de constituicionalidade de las normas generales sino en un conjunto de rasgos de inquestionable relevancia que tiene mucho que ver con a peculiar naturaleza de ‘legislador negativo’ que Kelsen atribuirá ao Tribunal Constitucional”. (SEGADO, cit., p. 23/24).

²²⁹ “À ideia de um controlo concentrado está ligado o nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa”. (CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 898).

²³⁰ “Só então foi assumido de uma vez por todas – por ventura tendo na memória os abusos cometidos pelos regimes nazi e fascistas – que a lei também pode ferir o direito das pessoas e, mais genericamente, também pode atentar contra a constituição (à qual, finalmente, é outorgado o caráter ‘sagrado’ outrora pertencente à lei). Acresce que a urgência, sentida em muitos países europeus após a 2. Guerra Mundial, de rapidamente institucionalizar o controlo da constitucionalidade das normas paginava-se bem melhor com a instituição de um modelo concentrado”. (URBANO, cit., p. 89).

²³¹ No mesmo sentido, cfr: FAVOREU, Louis. **Les cours constitutionnelles**. 3. ed. Paris: PUF, 1996.

Por este método de controle jurisdicional, a um único órgão é atribuído o poder/dever de legislador negativo, no exercício da função de defesa da Constituição²³². Este órgão é genericamente denominado tribunal constitucional, o qual, a depender da constituição da cada Estado, estará ou não incluso na estrutura do Poder Judiciário.

Os Tribunais Constitucionais, quando inseridos na organização do Poder Judiciário de um Estado, são órgãos de cúpula deste Poder, a exercer a função precípua de defesa da Constituição, através da qual, atuam como legislador negativo, atividade necessariamente antagônica a dos Parlamentos²³³, que são os órgãos legiferantes por natureza, na organização política constitucional de um Estado.

Nesse esquema, os tribunais constitucionais não deixam de ser órgãos exclusivos (e únicos) da justiça constitucional concentrada, a proferirem decisões de cunho contramajoritário, na medida em que declaram a inconstitucionalidade de lei, produzida pelos parlamentos, que funcionam alicerçados no princípio majoritário.

Não há falar em invasão de competência ou em desarmonia entre Poderes, caso a decisão, de cunho contra-majoritário, seja proferida pelos tribunais constitucionais, ainda que inseridos na estrutura do Poder Judiciário²³⁴. Ao contrário, tanto estes tribunais constitucionais quanto os parlamentos estão no exercício de suas funções precípuas, necessariamente antagônicas, mas igualmente essenciais para o sistema do *checks and balances*, pelo que se realiza o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes.

Além disso, o Poder Constituinte que, nas democracias representativas²³⁵, se manifesta por assembleias constituintes, cuja composição deve representar a vontade geral da sociedade politicamente organizada, ao produzir a Constituição, assegura os

²³² “El **sistema concentrado**, además de ser ejercido tan sólo por ‘un único y especial órgano constitucional’, es caracterizado como **principal** (...), **general** (...), y **constitutivo** (...)”. (SEGADO, cit., p. 29).

²³³ “Segundo Favoreu, um dos fatores que foi determinante para a consagração e, em alguns casos, para a consolidação do controle da constitucionalidade nos países europeus foi a circunstância de quase todos eles adotarem a forma de governo (o autor utiliza a expressão ‘regime político’) parlamentar ou mista parlamentar-presidencial. Dada a proeminência de centralidade dos parlamentos nestas formas de governo, o controle da constitucionalidade haveria de ser visto como um ‘contrapeso’ natural e necessário ao parlamento e às maiorias do momento”. (URBANO, cit., p. 21/22).

²³⁴ “A **fiscalização da constitucionalidade**: a adoção de instrumentos funcionalmente aptos à verificação das situações de violação da Constituição, levados a cabo no âmbito de competências específicas que apenas têm esse fito, é o sinal mais forte da confirmação do objectivo de defesa da Ordem Constitucional, o que vem a acontecer com a fiscalização da constitucionalidade”. (GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. VI II. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1321).

²³⁵ “ (...) la realción de una persona con otra o varias, em virtude de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que aparacen como una sola persona”. (JELLINEK, G. **Teoría del Estado**. Buenos Aires: Edit. Albatroz, 1978, p. 430.).

direitos das minorias²³⁶, geralmente previstos em um catálogo de direitos fundamentais, que consta de toda constituição democrática²³⁷ e plural²³⁸. Esta é a ideia de vontade geral.

Assegura-se, outrossim, os direitos das maiorias numéricas, eventualmente enfraquecidas na correlação de forças políticas na sociedade, e, que, por isso, não se fazem representar. É por isso que, não obstante seja contra-majoritário, o poder/dever de defesa da Constituição tem fundamento democrático, no sentido de que democracia é governo de todos e não apenas da maioria²³⁹.

Dessa forma, não se fere o princípio democrático e nem a harmonia e a independência entre os poderes, ainda que o controle concentrado fique a cargo de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, que não é um tribunal constitucional (estrito senso), mesmo quando estes órgãos de cúpula, cortes ou tribunais supremos, têm outras competências, além da competência para processar e julgar as ações de inconstitucionalidade.

É o que ocorre no Brasil, com Supremo Tribunal Federal, que é órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, exerce a função de controle concentrado, sem embargo de ter outras competências definidas na Constituição da República, além daquelas atinentes às ações do complexo controle concentrado de constitucionalidade, instituído em 1988 (Art.102, I, II e II).

²³⁶ *“La jurisdicción constitucional responde a la necesidad en las sociedades plurales, de defender las minorías, que non tiene suficiente capacidad política para evitar la apobración en el Parlamento de leyes que no son conformes a la Constitución, y cuyo restabecimiento hace possible el Tribunal Constitucional”.* (BALAGUER CALLEJÓN, cit., p. 61).

²³⁷ *“Article XVI. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, n’a la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.* (<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em 10 de agosto de 2020).

²³⁸ *“El pluralismo es una variedad de complejos sociales de poder, firmemente organizados que se extienden al ámbito entero del Estado, es decir, tanto a los diversos sectores de la vida política como también al ámbito de los territorios y a los organismos autónomos de las comarcas, complejos que como tales se apoderan de los organismos representativos del Estado, sin cesar por ello de ser estructuras meramente sociales, (es decir na política) ”.* (SCHIMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Edit. Tecnos, 1983, p. 125.).

²³⁹ *“La necesidad de proteger a las minorías frente a la opresión de la mayoría, no se hace presente en EE. UU., que cuando conoce este problema, lo solventa en sede de jurisdicción ordinaria, ao contrario que en Europa que este problema viene a surgir después de la Segunda Guerra Mundial, con la necesidad de protección de ciertos derechos civiles y políticos”.* (PÉREZ ROYO, J. **Tribunal Constitucional y división de poderes**. Madrid: Edit. Tecnos, 1988, p. 29).

Nos Estados nos quais, os tribunais constitucionais não fazem parte da estrutura do Poder Judiciário²⁴⁰²⁴¹²⁴², não há muita digressão acerca do eventual desrespeito à teoria da tripartição orgânica do Poder. Esta foi a estratégia de Kelsen. Entretanto, até nestes Estados, subsiste a crítica ao caráter contramajoritário das decisões dos tribunais constitucionais, em razão da necessária contraposição ao critério majoritário.

Contudo, não há prejuízo ao princípio democrático, por se decidir contra a maioria, porque é a Constituição mesma a assegurar os direitos das minorias. É que democracia não se resume a vontade das majorias, porque a decisão majoritária não será democrática, caso não se respeite as minorias e seus direitos, bem como as majorias desorganizadas, alijadas do esquema da democracia representativa, em face da dinâmica dos fatores reais do poder, enquanto fenômeno político²⁴³.

Como se afirmou acima, esse método de controle judicial da constitucionalidade é também denominado de controle abstrato, direto ou objetivo²⁴⁴. É abstrato porque não é feito em razão de um caso concreto²⁴⁵, que se deduz em juízo, sendo uma impropriedade mesmo se falar de lide constitucional em si²⁴⁶, ainda que se permita ou se faça um

²⁴⁰ “Já na Europa a questão foi longamente discutida, no plano acadêmico, entre as duas guerras e, quando se tratou, após a Segunda Guerra Mundial, de consagrar constitucionalmente a instituição de uma justiça constitucional, a generalidade dos países considerou mais adequado entregá-la a um tribunal especial, vocacionalmente orientado para estas questões e especificamente criado para decidir os problemas jurídicos de constitucionalidade, um tribunal constitucional”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 32).

²⁴¹ “La Corte, quindi, è garante della Costituzione e dell’intero ordenamento giuridico, che deve essere costituzionalmente legittimo, e non può consentire delle antinomie, cioè delle contraddizioni. La delicatezza e l’importanza di questo giudizio sono conformate dall’essenza del procedimento relativo a questa funzione giurisdizionale, che è volutamente complesso”. (ITALIA, Vittorio. **Diritto Costituzionale**. Milano: Giurè Editore, 2002, p.115).

²⁴² “Os dois modelos fundamentais de controlo da constitucionalidade de normas reconduzem-se ao **modelo unitário**, em que não existe autonomia da justiça constitucional face às demais formas de exercício da justiça constitucional, e ao **de separação**, em que o ordenamento constitucional instituiu um sistema específico de justiça constitucional. Nesse último modelo existe um tribunal com competência específica para as questões constitucionais (**Verfassungsgericht**)”. (VAZ, Manuel Afonso; CARVALHO, Raquel; BOTELHO, Catarina Santos; FOLHADELA, Inês; RIBEIRO, Ana Tereza. **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 169).

²⁴³ “Entretanto, o poder que se apoia na nação, meus senhores, embora seja, como de fato o é, infinitamente maior, não está organizado. A vontade do povo e sobretudo seu grau de acometimento, não é sempre fácil de pulsar, mesmo por aqueles que dele fazem parte. Perante iminência do início de uma nação, nenhum deles é capaz de contar a soma dos que irão tentar defendê-la. Ademais a nação carece desses instrumentos do poder organizado, desses fundamentos tão importantes de uma Constituição como acima demonstramos, isto é, dos canhões”. (LASALLE, Ferdinand; tradução de Vinicius Moura Xavier. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 22).

²⁴⁴ “O controle concentrado verifica-se através de um processo objetivo em que se busca a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, de forma abstratamente considerada, contrastando-o com a Carta Magna. Este processo objetivo, em âmbito federal, realiza-se perante o Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ou, ainda, através de arguição de descumprimento de preceito fundamental”. (SARMENTO, cit., p. 232).

²⁴⁵ “La abstracción significa que el proceso de constitucionalidad surge al margen de un caso judicial”. (SEGADO, cit., p. 34).

²⁴⁶ “Em razão dessa característica, associa-se ao controle concentrado a idéia de controle abstrato da constitucionalidade (embora se verifiquem mecanismos abstratos no controle difuso, e elementos de

contraditório no controle concentrado, por conta do direito processual, que necessariamente afeta as ações de controle. É direto porque o controle concentrado se faz por via de ação autônoma e não de incidente de um processo, daí porque também é denominado controle por via de ação²⁴⁷. E é objetivo porque, mesmo que haja (e tem que haver) agentes e/ou órgãos legitimados para propositura das ações, e mesmo que se invista algum(n)s órgão(s) do poder/dever de defender o texto infraconstitucional, atacado na ação, por vício de inconstitucionalidade (em tese), como fito de se cumprir o princípio processual constitucional do contraditório; no controle concentrado não há partes, ao menos na defesa de direitos seus, agindo os atores do processo na defesa da ordem jurídica objetiva, com legitimação extraordinária²⁴⁸.

Por ser este modal de controle abstrato/concentrado, nos Estados em cuja constituição o prevê exclusivamente, a fiscalização judicial da constitucionalidade, nos processos concretos, em que se discutem interesses subjetivos, o incidente de constitucionalidade não é julgado pelo juízo ordinário da causa (colegiado ou não), que se limita a declarar no processo a posição do tribunal constitucional sobre a matéria, se já houver; ou a remeter a questão constitucional para ser apreciada pelo tribunal constitucional²⁴⁹, ao qual compete decidir o incidente de inconstitucionalidade, que, decidirá o incidente, como prejudicial de mérito da ação originária, após o que, a causa concreta retorna ao juízo ordinário, onde será julgada.

Ao contrário do que ocorre na jurisdição constitucional difusa, no controle judicial concentrado, em face do caráter abstrato deste método, as decisões finais, uma vez transitadas em julgado, tem eficácia *erga omnes*, sempre. É que uma norma infraconstitucional ou será declarada inconstitucional, e, portanto, inválida, sem poder produzir efeitos; ou será declarada constitucional, e válida, continuando a produzir seus efeitos jurídicos. Ora, independentemente de a lei afetar ou não este ou aquele grupo

controle concreto em sede de controle concentrado, conforme será esposado a seguir). O controle abstrato corresponderia exatamente à ausência de uma lide concreta a ser decidida, sendo o seu objeto estritamente a defesa da ordem constitucional, por meio da rejeição de normas que eventualmente atentem contra os dispositivos normativos da Constituição. Assim, não há contraditório entre partes, e em se tratando de processo objetivo a legitimidade ativa, em regra, é restrita". (DALMAS, Samir Bahlis. **Sistemas de controle de constitucionalidade e o modelo brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49826&seo=1>>. Acesso em: 24 mar. 2016).

²⁴⁷ "En el sistema europeo-kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se inicia mediante la presentación de una acción o el recurso de inconstitucionalidad. Nos hallamos, pues ante un procedimiento de impugnación directa..." (SEGADO, cit., p. 33).

²⁴⁸ "Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito". (DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao estudo do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**, cit., p. 219).

²⁴⁹ "Noutro sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente da inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal a quo, a suspender a acção fazendo subir a questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional (ex: sistema alemão, sistema italiano)". (CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 899).

social, ou ela será inválida para todos, ou continuará (presunção de constitucionalidade das leis) igualmente válida para todos.

Dependendo do que dispuser o ordenamento jurídico, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pode implicar em seu expurgo da ordem jurídica, ou não. Ainda que se pronuncie a nulidade da lei, a declaração de inconstitucionalidade pode não a expurgar da ordem jurídica objetiva, por ser esta consequência um efeito exclusivo da revogação, limitando-se o tribunal constitucional (ou o órgão que lhe faça às vezes) a determinar inaplicabilidade da lei, por invalidez, sem a retirar da ordem jurídica posta. Em outros ordenamentos jurídicos, a declaração de inconstitucionalidade, com pronúncia de nulidade, terá como consequência o expurgo da lei, tida como inconstitucional, do ordenamento jurídico²⁵⁰.

Num ou noutro caso, não se estará violando a independência dos Poderes, porque mesmo que a declaração de invalidez da lei redunde em seu expurgo do ordenamento jurídico objetivo, o tribunal constitucional (ou o órgão que lhe fizer às vezes) expurgará a norma legal inconstitucional no exercício da defesa da constituição, atuando como legislador negativo, o que pode implicar no poder de retirar da ordem jurídica objetiva, uma lei inconstitucional.

2.5. Técnicas de modulação dos efeitos das decisões na fiscalização judicial abstrato/concentrada da constitucionalidade

Com o aperfeiçoamento da fiscalização judicial abstrato/concentrada da constitucionalidade, diversos tribunais constitucionais romperam com o dogma do efeito *ex tunc* nas declarações de inconstitucionalidade, no controle abstrato/concentrado²⁵¹. É dizer, a lei, declarada inconstitucional, pelo tribunal constitucional, não necessariamente é nula. Permitiu-se- assim que os tribunais constitucionais modulassem os efeitos das decisões nas quais houve declaração de inconstitucionalidade²⁵².

²⁵⁰ O controle abstrato, por via de ação, visa retirar do sistema jurídico a lei ou ato normativo em tese (em abstrato) tido por inconstitucional. (Cfr: SAGUÉS, Nestor P. **Elementos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Artraz, 1997. tI, p.151).

²⁵¹ “Na Alemanha, por sua vez, verificava-se que, apesar de a regra ser a da nulidade absoluta, as diversas variantes da decisão declaratório de inconstitucionalidade aproximam o sistema tedesco daquele pregado por Kelsen. O Tribunal Constitucional alemão atribuiu para si ampla margem de manipulação dos efeitos com fundamento nos princípios constitucionais, podendo-se utilizar das seguintes espécies de decisão: declaração parcial da nulidade sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, interpretação conforme a constituição e o apelo ao legislador”. (SARMENTO, cit., p. 630).

²⁵² “As consequências ou efeitos das decisões dos tribunais constitucionais variam consoante o teor dessas mesmas decisões. (...). As decisões complexas suavizam as consequências das decisões dos tribunais constitucionais e poupam a lei sob exame à declaração de total inconstitucionalidade. Este tipo de decisões, embeidas de um espírito correctivo do disposto na lei pode levar à sua remodelação e, por esta via a modificar as reformas legislativas ou a criar obstáculos a políticas públicas prosseguidas pelo poder legislativo, propriamente dito, ou pelo poder executivo, na sua veste de legislador”. (LEITE, Luís Ferreira.

As técnicas de decisão na jurisdição constitucional, permite que os tribunais constitucionais declarem a inconstitucionalidade, sem necessariamente pronunciar a nulidade da lei. E, em caso de não haver pronúncia de nulidade, o tribunal constitucional também pode reduzir ou não o texto da lei, declarada inconstitucional. Sendo possível até a declaração de constitucionalidade, em trânsito para inconstitucionalidade. Estes são os principais efeitos da declaração de inconstitucionalidade²⁵³.

A declaração de inconstitucionalidade da lei, com pronúncia de nulidade, segue a doutrina tradicional²⁵⁴. Com base na teoria das nulidades do direito privado, a lei inconstitucional é considerada nula, não produzindo nenhum efeito, enquanto era presumida sua constitucionalidade, e enquanto vigeu – nos sistemas jurídicos nos quais, as leis declaradas inconstitucionais declaradas inconstitucionais são expurgadas da ordem jurídica objetiva. Daí por que o efeito da declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc*, sendo considerados nulos quaisquer atos fundados na lei declarada inconstitucional, porque a lei foi considerada nula.

Para o direito privado, o ato jurídico válido é aquele produzido por sujeito capaz, que tem objeto lícito e que obedece à forma prescrita ou não defesa em lei²⁵⁵. Tomando emprestado o direito público os conceitos do direito privado, especificamente no que diz respeito à teoria da inconstitucionalidade, lei constitucional é aquela que é produzida por um órgão com competência legislativa definida na constituição (sujeito capaz), conforme às regras de processo legislativo (forma prescrita no texto constitucional), igualmente previsto da constituição, e que tenha conteúdo semântico compatível com o texto constitucional (objeto lícito).

Não tendo sido produzida por órgão (s) competente (s), ou não tendo sido elaborada, observado as normas constitucionais do processo legislativo, ou ainda não guardando consonância com o texto constitucional, a lei é inconstitucional. É formalmente inconstitucional nas duas primeiras hipóteses, e materialmente

O tribunal constitucional e o sistema político: Estados Unidos da América – Europa – Portugal. Lisboa: Âncora, 2007, p.133).

²⁵³ “E o direito alemão, que também adota a eficácia retroativa como regra, criou, desde a instauração do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, uma série de variantes de decisão declaratório de nulidade: a declaração parcial de nulidade sem redução de texto; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; a interpretação conforme a constituição; e o apelo ao legislador”. (SARMENTO, cit., p. 666).

²⁵⁴ “Entre nós esta tese foi pioneiramente sustentada por Rui Barbosa (Cf.: BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo.** *Trabalhos Jurídicos*;)...”. (MARINONI, Luiz Guilherme. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., p. 1126, nota 748).

²⁵⁵ “O ato jurídico em sentido estrito, reconhecido por inúmeros doutrinadores de escol, constitui simples manifestação de vontade, sem conteúdo negocial, que determina a produção de efeitos legalmente previstos”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2013. P. 349).

inconstitucional na última. Por qualquer das causas, a lei inconstitucional é nula desde início, segundo a doutrina tradicional²⁵⁶.

Declarada a inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade e efeito *ex tunc*, há inclusive o perecimento do efeito revogador da lei tida como inconstitucional, em face da lei anterior, que fora revogada. Neste caso, ocorreria efeito repristinatório da lei revogada²⁵⁷. O que muitas vezes causaria injustiça, como na hipótese de se declarar inconstitucional a lei do salário mínimo do Brasil, por exemplo, porque o salário mínimo não atende ao mínimo constitucional exigido para fixação do menor salário pago no País. Havendo pronúncia de nulidade, haveria repristinação da lei anterior, que previa um salário mínimo nominalmente menor que o previsto na lei declarada inconstitucional, o que provocaria o injusto resultado de se ter um salário mínimo menor ainda. Daí a necessidade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Então se permite que, mesmo em sede de controle jurisdicional concreto de inconstitucionalidade, possa o tribunal constitucional declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, com efeito *ex nunc*, ou até prospectivo²⁵⁸. Na verdade, a técnica de modulação dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional foi originada no modelo abstrato/concentrado de controle judicial da constitucionalidade²⁵⁹.

Uma das técnicas utilizadas pelos tribunais constitucionais é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com redução de texto. Por esta técnica, o tribunal declara inconstitucional o trecho de lei que se revela incompatível com o conteúdo semântico da Constituição²⁶⁰. É evidente que tal técnica só pode ser utilizada na hipótese de inconstitucionalidade material, porque na inconstitucionalidade formal,

²⁵⁶ “Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*extunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeito *extunc*)”. (MORAES **Direito Constitucional**, cit., p. 624).

²⁵⁷ “Além disso, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma acarreta a repristinação da norma anterior que por ela havia sido revogada, uma vez que a norma inconstitucional é norma nula, não subsistindo nenhum de seus efeitos”. (**Idem**, cit., p. 626).

²⁵⁸ “A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo produz, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*). [...] Como exceção, portanto, a declaração poderá ter eficácia apenas a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de momento futuro (pró futuro), caso o Tribunal decida conferir efeitos prospectivos à decisão”. (NOVELINO, cit., p. 307).

²⁵⁹ “Considerava a Escola de Viena que as normas delcaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional deveriam ser anuladas com força obrigatória. Em razão do princípio da certeza do direito, não deveria ser atribuído, por regra, efeitos retroactivos à anulação, devendo pelo menos ficar intocados os atos emitidos ao seu abrigo. Defendeu-se igualmente que, em caso de vício de forma, o Tribunal deveria ter a possibilidade de modular os efeitos da sentença, podendo repristinar Direito anterior, ou diferir os efeitos anulatórios da decisão para uma determinada data. O Tribunal agiria assim como um legislador negativ”. (BLANCO DE MORAES, **Justiça Constitucional: Tomo I. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade**, cit., p. 291).

²⁶⁰ “..., quando a inconstitucionalidade não recai sobre a totalidade da lei ou quando a inconstitucionalidade de determinado dispositivo não retira a autonomia de outros ou do próprio sentido ou função originalmente atribuído à lei, há necessidade de se preservar as demais normas”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1130).

todo o texto da lei padeceria de vício, salvo hipótese de votação fracionada, caso o vício dissesse respeito ao quórum, por exemplo²⁶¹.

Na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com redução de texto, não há falar em usurpação pelo tribunal constitucional da função legiferante do parlamento, porque o tribunal constitucional não estará criando uma nova lei, e sim ratificando como constitucional o trecho da lei compatível com a constituição, e declarando inconstitucional o trecho da mesma lei incompatível com o texto constitucional.

Assim, o tribunal constitucional, na hipótese, continua a agir no exercício de sua função/dever de defesa da Constituição, assumindo para tanto o papel de legislador negativo, e não de legislador positivo. A parte inconstitucional da lei será inconstitucional, desde o início (efeito *ex tunc*), ou partir do julgado (efeito *ex nunc*), ou no prazo que o Tribunal Constitucional assinalar (efeito prospectivo).

Outra técnica de julgamento, em jurisdição constitucional, é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sem redução de texto. Aqui, não é o texto legal em si que é inconstitucional, e sim determinada (s) interpretação (ões) que se pode dar à lei. É que outra (s) interpretação (ões) pode (m) ser constitucional (ais). Daí por que, nem se pronuncia a nulidade da norma declarada inconstitucional e nem se lhe reduz o texto. O tribunal constitucional limita-se a declarar quais interpretações da lei são inconstitucionais, e quais são as interpretações constitucionais, da mesma lei. É a interpretação conforme a Constituição²⁶².

Há ainda a norma infraconstitucional que o tribunal constitucional pode declarar constitucional, porém, em trânsito para inconstitucionalidade²⁶³. É que determinadas circunstâncias fáticas “justificariam” a inconstitucionalidade textual, mormente quando o tribunal observa a reserva do economicamente possível²⁶⁴, entendendo não caber à justiça

²⁶¹ “Em determinados casos, a inconstitucionalidade recai sobre a totalidade da lei. Isso acontece, significativamente, nos casos em que a inconstitucionalidade se encontra no processo de formação da lei...” (Idem, p. 1129).

²⁶² “Mas é razoável supor que a utilização mais frequente da técnica decisória da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto redundará, afinal, em nítida distinção relativamente à declaração de inconstitucionalidade por interpretação conforme, a verdade é que, até o momento, não se atingiu este estágio evolutivo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. (RAMOS, cit., p. 269).

²⁶³ “Nesses termos, a decisão pode [...] decidir que os efeitos apenas serão produzidos a partir de determinada data ou evento futuros. Há, em tais casos [...] efeitos prospectivos propriamente ditos e efeitos prospectivos a partir de determinado evento”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1083).

²⁶⁴ “A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a ‘reserva democrática’, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador. Não se confunde com a expressão “reserva de orçamento”, à qual pode se incorporar se a pretensão ao direito social vier a ser concedida pela Legislativo. Por isso J. Isensee diz que as prestações sociais dependem da ‘soberania orçamentária do legislador’ (*Haushaltssouveranität des Gesetzgebers*) e observa que a proteção dos direitos sociais depende da conjuntura econômica (*Wirtschaftskonjunktur*) e que as ‘normas constitucionais não afastam as crises econômicas (*Verfassungsnormenbanennicht Wirtschaftskrisen*)’”. (OLIVEIRA, Tiago

constitucional o papel de governo/administração, para não se fazer o denominado governo dos juízes²⁶⁵. Tal técnica também é denominada de apelo ao legislador²⁶⁶, preservando no parlamento o papel de legislador positivo.

Não raro, os tribunais constitucionais se utilizam da técnica de declaração de inconstitucionalidade de lei, em transito para inconstitucionalidade, se a lei não torna eficazes os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais; ou diante de omissão inconstitucional para realização destes direitos, por falta de lei. No primeiro caso, deve-se observar a cláusula do economicamente possível, sem prejuízo de observância do núcleo essencial da norma definidora de direitos fundamentais, econômicos, sociais e culturais. No segundo caso, a não produção da lei por si só é conduta inconstitucional omissiva dos parlamentos, porque violadora do dever de legislar para se dar efeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos nas constituições dirigentes²⁶⁷²⁶⁸. Em ambas as hipóteses, é cabível o “apelo ao legislador”²⁶⁹.

Correia Schubach de. **A institucionalidade jurídica do direito à alimentação: novas relações entre os cidadãos e o estado**. 100 f. (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania). Universidade Católica de Salvador, Salvador. 2012 apud TORRES, 2008, p. 324/325).

²⁶⁵ “Sendo assim, a questão do criacionismo judicial traz à tona o problema da interpretação dos enunciados abertos e da imposição da vontade do juiz, já analisados anteriormente. Além do mais, no Brasil, a legislação parece consentir com um certo nível de edificação de enunciado normativos pelo Supremo Tribunal federal, como é o caso da permissão para modular efeitos, proferir sentenças aditivas e, mais especificamente, editar súmulas vinculantes com teor abstrato, geral e cogente a todo território nacional, o que se aproxima das características da uma norma jurídica. Pelas razões expostas, não adotaremos o ativismo com base na criação do direito pelo juiz”. (MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição constitucional e ativismo judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense**. 143 f. (Mestrado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. 2012).

²⁶⁶ “Uma das hipóteses de aplicação da técnica do apelo ao legislador é a da lei que “ainda” não se tornou inconstitucional. O Tribunal Constitucional, ao reconhecer a situação “ainda constitucional”, conclama o legislador para que proceda à alteração da norma antes que ela se torne definitivamente contrária à constituição. A utilização dessa variante poderá ocorrer em virtude de mudanças nas relações fáticas ou jurídicas”. (SARMENTO, cit., p. 663).

²⁶⁷ “Mais adiante [2001:224], o CANOTILHO afirma que, no seu trabalho, a constituição dirigente ‘é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática’”. (GRAU, Eros Roberto. In: Resenha do Prefácio da 2. ed. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [organizador]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

²⁶⁸ “A expressão ‘Constituição Dirigente’ refere-se à existência de um texto constitucional que estabelece fins e objetivos ao Estado e à sociedade e ‘representa um projeto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional’. (CANOTILHO in COUTINHO, 2005, p. 15). ‘Trata-se, também, de um modelo de Constituição cujo surgimento corresponde a uma necessidade decorrente de fragilidades sofridas com o desenvolvimento do constitucionalismo social, institucionalizado pelas vias que caracterizam o Estado Social’ (DANTAS, 2009, p. 41) ”. (RIBEIRO, Felipe Neves Caetano. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**. 114 f. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília – UNB, Brasília. 2014).

²⁶⁹ “A fórmula do actual Art. 283º/2 – dar conhecimento ao órgão legislativo competente é menos directiva do que aqui se traduzia na possibilidade de recomendações, mas pode interpretar-se como sendo um **apelo** do Tribunal Constitucional, com significado político e jurídico, aos órgãos legiferantes competentes no sentido de estes actuarem e emanarem actos legislativos necessários à exequibilidade das leis constitucionais”. (CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 1039).

2.6. Controle jurisdicional misto da constitucionalidade na Europa: o exemplo do direito português

Conforme já afirmado, o sistema judicial de fiscalização da constitucionalidade das normas no direito português combina elementos do método austríaco e do método americano, resultando em um método misto de controle jurisdicional da constitucionalidade²⁷⁰.

Além da singularidade da fiscalização judicial mista da constitucionalidade do direito português na Europa, optou-se por este breve estudo acerca do sistema judicial de defesa da Constituição Portuguesa, porque este trabalho está a ser apresentado perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A Constituição de Portuguesa de 1911, a primeira constituição republicana de Portugal, teve, em seu art. 63º, a introdução do controle judicial difuso/concreto da constitucionalidade das leis no direito português, pelo o qual cada tribunal ou juízo monocrático tinha competência para o exercício da jurisdição constitucional²⁷¹.

Mais tarde, com a outorga da Constituição de 1933, que instituiu o Estado Novo, em Portugal, e que vigeu entre 1933 e 1974, foi mantido o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, que houvera sido introduzido no ordenamento jurídico português em 1911.

Com a promulgação da Constituição Portuguesa de 1976, em um ambiente pós-revolucionário, novamente, previu-se o controle difuso da constitucionalidade, instituído

²⁷⁰ “Também o sistema português de justiça constitucional tem uma natureza **mista** ‘uma natureza **mista complexa**, tendo em conta a pluralidade de modalidades de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, como veremos mais adiante’. Esta resulta da circunstância de ele incluir, simultaneamente, um controlo concreto ou incidental da constitucionalidade de normas jurídicas, a cargo de todos os tribunais, o qual ocorre a propósito da aplicação destas normas aos casos que houverem de decidir, e um controlo abstrato, direto, por via principal ou por via de ação da conformidade com a Constituição de normas jurídicas, da competência exclusiva do Tribunal Constitucional, o qual se caracteriza por ter lugar independentemente da aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto”. (ALVES CORREIA, **Justiça Constitucional**, cit., p. 117).

²⁷¹ “Por causa da intensa discussão havida à volta dos decretos ditatoriais e – neste aspecto como noutros – por influxo da Constituição republicana brasileira de 1891, seria a Constituição de 1911 (apesar de seu fortíssimo caráter parlamentarista) a primeira Constituição Européia a prescrever a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis sob forma difusa e concreta. Dela curaria seu Art. 63º”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VI**. Coimbra: Coimbra Editora, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 157-158).

na Constituição de 1911 e mantido na Constituição de 1933, e inaugurou-se o controle abstrato/concentrado, que, num primeiro momento, ficou a cargo do Conselho de Revolução, ao qual foi atribuído, as competências para a fiscalização constitucional abstrato preventiva, para a fiscalização constitucional abstrato sucessiva e para a fiscalização por omissão²⁷²; e da Comissão Constitucional, a qual foi atribuído a competência para conhecer e julgar os recursos das decisões judiciais do controle difuso, proferidas em jurisdição ordinária, pelos tribunais portugueses²⁷³.

Pouco depois, o sistema de defesa da Constituição da República Portuguesa, por conta da consolidação da democracia como regime político, distanciou-se gradativamente das forças armadas e, sobretudo, do controle político da constitucionalidade, o que culminou com a Revisão Constitucional de 1982, na qual foi emblemática a criação do Tribunal Constitucional²⁷⁴.

Atualmente, o controle jurisdicional da constitucionalidade em Portugal configura-se como misto²⁷⁵, sendo que a instituição do controle difuso remonta a 1911,

²⁷² “Quanto à fiscalização abstrata pelo Conselho da Revolução, o seu regime diferenciava-se bem do regime do citado Art. 91º, n. 2, da Constituição de 1933 (no texto de 1971) em dois pontos do maior vulto. Enquanto que, na Assembleia Nacional de 1971 (ou no Conselho de Estado de 1974 ou no Conselho da Revolução de 1975), qualquer dos membros a promovia, agora o Conselho não tinha iniciativa, tinha de decidir a instância de certos órgãos (dotados de um direito de ação *latíssimo sensu*) – o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República e, no tacante aos direitos constitucionais das regiões autónomas, as assembleias regionais. (...)”. (MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional. Tomo VI**, cit., p. 168).

²⁷³ “A fiscalização *a posteriori*, diversamente da fiscalização *a priori*, versava já sobre normas e não sobre diplomas, e podia ser concreta e abstrata, difusa e concentrada. A fiscalização concreta assentava na competência difusa dos tribunais (Art. 207º), a fiscalização abstrata na competência concentrada no Conselho da Revolução (Art. 281º). Mas havia comunicação quer entre a fiscalização difusa e a fiscalização concentrada, quer entre a fiscalização concretada e a fiscalização abstrata – e esse era aspecto assaz inédito do sistema. Comunicação entre a fiscalização difusa e a concentrada, na medida em que a Comissão Constitucional funcionava como tribunal de recurso obrigatoriamente quando o último tribunal para que coubesse recurso ordinário julgasse inconstitucional norma constante de qualquer ato legislativo, decreto regulamentar ou diploma equiparável ou quando qualquer tribunal aplicasse norma julgada anteriormente inconstitucional pela Comissão (Art. 282º, n. I e II)”. (**Idem**, p.167).

²⁷⁴ “Não se regressou, pois, pura e simplesmente, ao modelo da fiscalização difusa, nem se substituiu o Conselho da Revolução por um novo órgão político. Entendeu-se que era altura de se formar um Tribunal Constitucional, como órgão de contenciosos de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a atos respeitantes às regiões autónomas (segundo a Lei n. 15/79, de 19 de maio), do Supremo Tribunal Administrativo. Mas não se recortou o acesso ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta em termos idênticos aos que são adotados na generalidade dos países em que existe concentração do controlo – exatamente por causa da tradição da fiscalização judicial difusa”. (**Ibidem**, p. 171).

²⁷⁵ “O modelo português, acompanhado do brasileiro, é dos poucos sistemas que combinam o processo de controle difuso da constitucionalidade, realizado em sede de fiscalização concreta, com processos de fiscalização abstractos, operando em via principal”. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional. Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade**, cit., p. 330).

enquanto que a institucionalização do controle abstrato/sucessivo, da forma como é exercido atualmente, é datada de 1982²⁷⁶.

Com efeito, é concedida a todos os tribunais a competência para a jurisdição constitucional difusa²⁷⁷, reservando-se, por sua vez, a fiscalização concentrada (preventiva, abstrato-sucessiva e por omissão) da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional²⁷⁸.

Verifica-se que, o sistema judicial português de defesa da Constituição manifesta-se em quatro vertentes, todas com amparo no texto constitucional; sendo que, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, a fiscalização abstrato/sucessiva e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão são de competência exclusiva do Tribunal Constitucional²⁷⁹; ao passo que, a fiscalização sucessiva concreta compete a todos os tribunais – inclusive ao TC, em última instância²⁸⁰.

Além de deter o monopólio da jurisdição constitucional concentrada, o TC possui competência multiforme, já que agrega diversas outras atribuições, como o controle de candidaturas à Presidência da República e ao Parlamento, as matérias relacionadas ao financiamento partidário, a incompatibilidade dos agentes políticos, “a função de verificar

²⁷⁶ “Findo o período de transição, com a aprovação e entrada em vigor da primeira lei de revisão constitucional, em 1982, é instituído o Tribunal Constitucional, com funções específicas de apreciação da constitucionalidade das normas, actos e comportamentos jurídicos-públicos, dando assim consistência e valor à assência da Constituição como norma jurídica”. (QUEIROZ, **Justiça Constitucional**, cit., 29).

²⁷⁷ “Diversamente do que sucede no modelo concentrado austro-germânico, os tribunais, em sede de fiscalização concreta conhecem e decidem sobre as questões de constitucionalidade, sem prejuízo de as mesmas, quando implicarem uma desaplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, deverem obrigatoriamente ser julgadas pelo Tribunal Constitucional, que funciona como máxima instância de recurso”. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional. Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade**, cit., p. 330).

²⁷⁸ “De entre os sistemas que, no âmbito da fiscalização abstracta da constitucionalidade, conjugam processos de controlo preventivo e sucessivo (...), o modelo português é aquele que, maior número de categorias e actos normativos submete ao processo de fiscalização preventivo. Na verdade, ao integrar no objecto de fiscalização preventiva tratados e acordos internacionais, leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais e referendos, o sistema português, sujeita a este processo uma panóplia de normas ainda mais vasta do que aquela que se encontra prevista no modelo francês, que lhe serviu de fonte cognitiva”. (**Idem**, p. 331).

²⁷⁹ “[...]; o Tribunal Constitucional é, pois, essencialmente, ‘um órgão jurisdicional de controlo normativo’. Essa competência do Tribunal Constitucional abrange: a *fiscalização preventiva da constitucionalidade* [...]; a *fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade* ou da legalidade [...]; [...]; a *verificação da existência de alguma inconstitucionalidade por omissão*...”. (VIEIRA CURA, cit., p. 85/86).

²⁸⁰ “Inclue-se, por último, no âmbito do controle de normas a decisão do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta, de ‘verificação’ infra-constitucionais que contrariem o disposto em normas ou princípios de Direito Internacional comum ou geral, normas constantes de tratados internacionais, aí incluído o Direito da União Europeia, primário e derivado”. (QUEIROZ, **Justiça Constitucional**, cit., 43).

e declarar que uma determinada organização perfilha a ideologia fascista, decretando, em consequência a respectiva extinção nos termos do disposto na Lei n. 64/78, de 06 de outubro”, entre outras funções que não serão enumeradas para não se distanciar da finalidade do tema proposto²⁸¹.

O controle preventivo, anterior à promulgação da lei, ainda que tenha causado receio no cenário jurídico, com discussões políticas sobre a legitimidade do Tribunal Constitucional para desempenhá-lo, é exercido, em tese, apenas nas questões em que há acalorado debate acerca da constitucionalidade de determinado projeto de lei²⁸².

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão é de competência exclusiva do TC, por meio da qual se repele as lacunas normativas, geradas pela omissão do próprio Estado, quando a Constituição Portuguesa impõe sua atuação legiferante (do Estado)²⁸³.

A fiscalização judicial da omissão inconstitucional revela-se como uma das tarefas mais complexas do controle da constitucionalidade²⁸⁴, tendo em vista não se tratar de controle que se exerce em desfavor de uma lei posta, integrante do ordenamento jurídico, mas, sim, de um controle relativo à inexistência de uma norma, que deveria integrar este mesmo ordenamento, por imperativo constitucional; pelo o que, se exige do juiz constitucional o desafio de abstrair da Constituição, a vontade do constituinte²⁸⁵.

²⁸¹ “Para além do controle de normas, são atribuídas ao Tribunal Constitucional, outras competências ou tarefas adicionais de natureza heterogênea”. (*Idem*, cit., 43).

²⁸² “Este tipo de controle é instituído pela primeira vez entre nós pela Constituição de 1976, embora se encontre igualmente presente noutras ordens jurídicas, designadamente, em França de onde passou até nós. Antes da promulgação ou da respectiva assinatura por parte do Presidente da República, normas constantes de determinados diplomas podem ser enviadas ao Tribunal Constitucional em ordem à apreciação da sua constitucionalidade. Assim, o primeiro elemento a reter é o de que se trata de um controle em função de um diploma ou acto em que se encontram inseridas as normas, e não de um controle de **quaisquer normas**, independentemente do diploma ou acto em se corporizam, como ocorre na fiscalização abstracta sucessiva. Ao Tribunal Constitucional compete-lhe apreciar normas e não diplomas jurídicos. O segundo elemento a reter é o da atribuição da competência jurisdicional de controle exclusivamente ao Tribunal Constitucional”. (*Ibidem*, cit., p 180/181).

²⁸³ “E, para além disso, são concebíveis hipóteses de inconstitucionalidade por omissão em certas configurações da Constituição prospectiva, cujos os princípios exijam a concretização progressiva de certas providências por via constitucional, e quando isso não se verifique; ou em caso de derrogações constitucionais, admissíveis em certas circunstâncias ou para certas pessoas, mas não para todo o tempo, e que deverão ser revogadas ou declaradas caducas, em posterior revisão, salvo preterição de princípios fundamentais do ordenamento – quer dizer, de limites materiais”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 355).

²⁸⁴ “E a apreciação da ocorrência de inconstitucionalidades por omissão pressupõe a falta de legislação num domínio em que a Constituição imponha um especial dever de a emitir”. (VIEIRA CURA, cit., p. 87).

²⁸⁵ “Discute-se, na doutrina e jurisprudência constitucionais, o conceito, o sentido e a extensão do chamado **silêncio legislativo**. O conceito de omissão legislativa não é um concenito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’, a um simples ‘conceito de negação’. Omissão, em sentido juridico-

Cumpra salientar que, no direito português, os efeitos decorridos das decisões, proferidas em sede de fiscalização judicial abstrato/concentrada e em sede de fiscalização judicial difuso/concreta, são diversos; posto que, no julgamento de inconstitucionalidade, proferido na fiscalização judicial concreta, seus efeitos são produzidos, em regra, apenas entre as partes²⁸⁶²⁸⁷, diferentemente do que ocorre na fiscalização judicial abstrato/sucessiva da constitucionalidade²⁸⁸.

Diante da disciplina constitucional relativa aos métodos de fiscalização judicial da constitucionalidade em Portugal, tem-se, em regra, uma vedação à apreciação ordinária de recursos em sede de controle difuso pelo TC, uma vez que este tribunal atua, basicamente, na sindicância constitucional da lei, independentemente de sua aplicação (da lei) ao caso concreto²⁸⁹.

É que, a irresignação, em relação a uma decisão judicial, proferida em um caso concreto, poderá ensejar **recurso de constitucionalidade** ao Tribunal Constitucional (caso a decisão do tribunal *a quo* seja fundamentada em lei contrária à Constituição, e também o contrário; ou em norma (infralegal) ilegal, e também o contrário)²⁹⁰, o qual se

constitucional significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A **omissão legislativa**, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma ‘exigência constitucional de acção’, não bastando o simples ‘dever geral de legislar’ para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”. (CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 1033).

²⁸⁶ “... a decisão do Tribunal apenas faz **caso julgado**, quanto à questão da inconstitucionalidade suscitada, ‘no (correspondente) processo’ (Art. 80º, n. 1, LTC)”. (DA COSTA, José Manuel. **A jurisdição constitucional em Portugal**, cit., p. 89).

²⁸⁷ “A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade suscitada (Art. 80º, n. 1 da Lei Orgânica)”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 276).

²⁸⁸ “O Art. 282º da Constituição da República estipula os efeitos das decisões de acolhimento de um pedido de fiscalização da constitucionalidade e legalidade em processo abstrato sucessivo. Em especial, o n. 1 do referido preceito alude à força obrigatória geral que envolve a declaração de inconstitucionalidade originária de um acto normativo, da qual exulta o efeito regra desse tipo de decisão. Efeito que, tal como se verá, se desdobra numa pluralidade de eficácias, como é o caso da ulidade, da força do caso julgado formal e material e da eficácia *erga omnes*”. (BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Justiça Constitucional, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional, 2. ed.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 178/179).

²⁸⁹ “O que quero dizer desse controle é que o juízo sobre a norma é feito independentemente de sua aplicação no caso concreto. O Tribunal é chamado a julgar a norma, julga a norma em abstrato e julga em si mesma, distanciado, sem pensar, sem ter de se preocupar com sua aplicação no caso concreto”. (MOURA RAMOS, Rui Manuel de Gens – Presidente do Tribunal Constitucional da República Portuguesa. Palestra: **"A praxis do controle de constitucionalidade na atualidade"**, p.17. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCort_e_pt_br/anexo/palestraPORTUGAL.pdf> Acesso em 17 de agosto de 2017).

²⁹⁰ “Este recurso tanto pode ter lugar de decisões judiciais que considerem inconstitucional uma norma, e se recusem a aplicá-la, como de decisões em sentido oposto. Por outro lado, o recurso é obrigatório, devendo então ser interposto pelo Ministério Público, em duas hipóteses: quando a norma a que for recusada a aplicação conste de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar (art. 280.º, n.º 3, CR) ou quando haja aplicação de norma já antes julgada inconstitucional pelo Tribunal

pronunciará somente sobre a questão de natureza constitucional (ou de legalidade)²⁹¹, e jamais sobre questões de mérito, objeto do processo concreto, conforme determina o art. 79º - C da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

Ademais, o Art. 70º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, em consonância com o Art. 280º da Constituição da República Portuguesa, dispõe sobre o cabimento do **recurso de constitucionalidade**²⁹², de competência do TC, atinente às decisões, positivas e negativas de inconstitucionalidade²⁹³, além das decisões negativas relativamente às disposições outrora julgadas como positivas pelos órgãos jurisdicionais portugueses²⁹⁴.

Não se olvide sobre não ser da competência do TC revisar o pronunciamento do tribunal *a quo* quanto à questão fática e de direito infraconstitucional, pois o que se devolve do ato judicial questionado, no **recurso de constitucionalidade**, é tão somente o contencioso constitucional sobre a lei, que fundamentou a decisão, objeto do recurso²⁹⁵.

Constitucional, em anterior recurso (art. 280.º, n.º 5, CR). A possibilidade da ocorrência desta última situação emerge da circunstância de a decisão do recurso pelo Tribunal Constitucional não ter força obrigatória geral e apenas fazer caso julgado no processo (art. 80.º, n.º 1, LCT)”. (DA COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, cit., p. 40-43).

²⁹¹ “É preciso que a questão da constitucionalidade ou da ilegalidade tenha sido ‘suscitada durante o processo de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de ele estar obrigado a dela conhecer (arts. 70º, als b) e f), e 72º, n. 2, da LOFPTConst.);” (VIEIRA CURA, cit., p. 96).

²⁹² “... tais recursos apenas podem ser interpostos de ‘decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já terem sido esgotados todos os que no caso cabiam’ (art. 70º, n. 2, da LOFPTConst.) ...” (**Idem**, p.96).

²⁹³ “Quanto aos recursos de decisões de não aplicação (ou de desaplicação) de alguma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade (decisões positivas), [...] não se exige a prévia exaustão de recursos ordinários que delas caibam ou que não seja admissível qualquer desses recursos, podendo recorrer-se para o Tribunal Constitucional, logo que se verifique a não aplicação da norma, com qualquer dos referidos fundamentos”. (**Idem**, p. 94).

²⁹⁴ “Somente há recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais – é o que diz o Art. 280º. E não de quaisquer decisões dos tribunais: não apenas de decisões não jurisdicionais, mas também de decisões não previstas no Art. 280º e no Art. 70º da Lei n. 29/82. São os três tipos de decisão de que cabe recurso: a) decisões que recusem a aplicação, de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade (...); b) decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo (...) e em que a norma aplicada seja um dos fundamentos normativos da decisão; c) decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (Art. 280º, n. 5), ou anteriormente julgada inconstitucional, pela Comissão Constitucional, (...) ou que apliquem norma legislativa em desconfirmada com o anteriormente decidido pelo Tribunal (...)”. (MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VI**, cit., p. 248).

²⁹⁵ “Se for dado provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixarão ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante o caso, reforme a decisão, ou a mande reformar, em conformidade com o julgamento da questão de inconstitucionalidade, ou de ilegalidade (Art. 80º, n. 2 da Lei Orgânica)”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 277).

É dizer, ao conhecer e julgar um **recurso de constitucionalidade**, o TC não o faz como órgão revisor das decisões de órgão judicial inferior – como ocorre nas Cortes Supremas –²⁹⁶, já que atua estritamente no âmbito de sua competência, que é de fiscalização constitucional dos atos normativos que foram aplicados (ou não) ao caso concreto – tendo como paradigma a Constituição – ou de fiscalização da legalidade de atos normativos infralegais, nada se discutindo acerca de matéria de fato ou de provas²⁹⁷. Trata-se de apreciação de recurso que verse sobre a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional, cujo questionamento se deu em um caso concreto²⁹⁸.

Não obstante isso, na sistemática de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no direito português, o recurso cabível ao TC não está restrito ao conteúdo frio da norma, já que esse recurso é manejável também quanto às interpretações normativas²⁹⁹. Isto é, caso existam várias interpretações possíveis sobre a incidência de determinada norma, uma delas pode suscitar questionamento em relação a uma possível afronta ao texto da Constituição Portuguesa, sendo passível, então, de apreciação do recurso pelo TC³⁰⁰.

Caso haja resistência quanto à atuação do Tribunal Constitucional, sobre a correta e a mais acertada interpretação da norma infraconstitucional, à luz da Constituição da República Portuguesa, é papel dos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior exercer a integração da norma interpretada à situação fática, não havendo limitação da atuação jurisdição ordinária, em sua competência jurisdicional comum³⁰¹.

²⁹⁶ “... mesmo tendo o juiz competência oficiosa; ele só pode conhecer da validade de uma lei que se prenda com a resolução da causa. [...] é uma regra própria do sistema de garantia jurisdicional português, a regra capital (pode-se ajuntar: a *inidibilidade* entre a fiscalização e a causa litiganda). (MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 256).

²⁹⁷ “O Tribunal constitucional não substitui, portanto, a decisão recorrida, por aquele que deveria ser emitida, e tão-pouco a anula. E por isso, não pode ordenar a reprecinação da norma anterior – tal compete ao Tribunal *a quo* decidir com eventual nova recusa dessa decisão: nem, muito menos, julgar a constitucionalidade desta norma”. (MIRANDA, **Fiscalização da constitucionalidade**, cit., p. 277).

²⁹⁸ “É um sistema intermédio de recurso o adotado, um sistema em que o Tribunal Constitucional ordena ao tribunal recorrido que profira nova decisão com o conteúdo por ele prefixado; um sistema cassação mitigado”. (**Idem**, p. 277).

²⁹⁹ Cf.: REGO, Carlos Lopes do. **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 27.

³⁰⁰ “É evidente que, como o designar-se uma norma como infringida, se faz uma interpretação (a qual frisámos que deve ser sistemática): sob este prisma não poderia falar-se num corolário independente. No entanto, um corolário existe e deve ser marcado: o da necessidade de uma interpretação expressa”. (MIRANDA, **Contributo da uma Teoria da Inconstitucionalidade**, cit., p. 249).

³⁰¹ “Das decisões do tribunal que recusassem a aplicação de uma decisão do Tribunal Constitucional haveria, porém, de caber sempre recurso para o próprio Tribunal Constitucional – obrigatório para o

Em que pese a regra seja de o Tribunal Constitucional apreciar no **recurso de constitucionalidade** tão somente a matéria de natureza constitucional (ou de legalidade), esta regra pode comportar exceção, mesmo que haja divergência no bojo da jurisprudência e da doutrina, no sentido de ser possível a interpretação do direito infraconstitucional, se, e somente se, for crucial para a decisão da questão, cuja constitucionalidade está sendo debatida³⁰².

O sistema judicial de controle da constitucionalidade do direito português prevê ainda a simbiose entre os métodos difuso/concreto e concentrado/abstrato de fiscalização da constitucionalidade. Isso é possível na hipótese de o TC julgar inconstitucional uma norma, em sede de **recurso de constitucionalidade**, por três vezes³⁰³.

O método de controle judicial abstrato/sucessivo da constitucionalidade, em Portugal, tem uma característica peculiar, relativamente a fiscalização judicial abstrata da constituição em outros Estados da Europa; uma vez que, por ter o sistema jurisdicional misto de defesa da Constituição (concreto/difuso e abstrato/concentrado), o direito português não possui o mecanismo de reenvio judicial (**recurso de amparo**), pelo qual o juízo *a quo* (monocrático ou tribunal) encaminha a matéria constitucional, suscitada em um processo concreto, ao Tribunal Constitucional³⁰⁴.

Ministério Público – para que decidisse a concreta questão de inconstitucionalidade suscitada no tribunal *a quo*. Por outro lado, essa decisão, essa **nova** decisão – se fosse no sentido da insconstitucionalidade – poderia vir a contar tanto para efeito do recurso previsto no Art. 280º, n. 5, quanto para efeito de passagem da fiscalização concreto à abstrata nos termos do Art. 281º, n. 3”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 238/239).

³⁰² Com base nesses apontamentos, é possível constatar que o Tribunal Constitucional de Portugal exerce o vértice da instância competente para apreciação de recursos por meio da via difusa. Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, “*funciona aqui como máxima instância de recurso no hemisfério de um processo de controle com base difusa*”. (BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Justiça Constitucional: Tomo II. O Direito do contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 10).

³⁰³ “A Constituição comina, e bem, uma separação entre o juízo de inconstitucionalidade no caso concreto e a declaração com força obrigatória geral – até para impedir uma excessiva influência dessa relação ou situação da vida, mais ou menos individualizada e irrepetível nos seus circunstancialismos e interesses, sobre a apreciação da inconstitucionalidade na perspectiva global do sistema jurídico. Nem poderia deixar de assim ser, dado o modelo de fiscalização concreta adotado e dado o regime de competência interna e de funcionamento do Tribunal Constitucional, em que a decisão dos recursos é cometida às secções e a declaração com força obrigatória geral ao plenário (Art. 224º, n. 2, da Constituição e Art. 70º da Lei n. 28/91). Segundo o Art. 281º, n. 3, o Tribunal Constitucional aprecia ou declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 326/327).

³⁰⁴ “O problema ganha maior aquidade quando se constata que, contrariamente ao que ocorre noutros quadrantes geográficos, em que existe um mecanismo de “*queixa constitucional*”, uma acção

Em outros países da Europa Continental, que fazem a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, exclusivamente pelo método concentrado, o tribunal constitucional detém o monopólio da jurisdição constitucional; razão pela qual se suspende o curso de processos ordinários, que tramitam em outros juízos, quando se suscita questão constitucional, para que o tribunal constitucional decida a prejudicial de constitucionalidade³⁰⁵.

É que, não existe recurso similar ao **recurso de amparo** espanhol ou ao **recurso constitucional** alemão, na jurisdição constitucional portuguesa. Posto que, no que tange à fiscalização difusa da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional Português julga o **recurso de constitucionalidade**, após o exaurimento da jurisdição do tribunal *a quo*, e não o faz como incidente de um processo concreto, já que este já terá tramitado em outra instância (ou juízo)³⁰⁶.

Entretanto, em um ponto, o **recurso de constitucionalidade** do direito português guarda uma certa semelhança com o **recurso constitucional** ou o **recurso de amparo** de outros ordenamentos jurídicos europeus, uma vez que o TC se limita a julgar a questão constitucional, pelo o que não reforma o acórdão do tribunal *a quo*, ao qual cabe reformar sua própria decisão, de forma a adequá-la ao que houver decidido pelo TC.

constitucional de defesa de direitos fundamentais ou um “*recurso de amparo*”, a jurisdição constitucional em Portugal, não aparece moldada como uma jurisdição constitucional (de defesa) de direitos fundamentais, sobretudo se tomarmos em linha de consideração que o controlo de constitucionalidade se estende igualmente aos vícios formais e competências dos diversos instrumentos legislativos”. (RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Constitucional, Tomo I, o Tribunal Constitucional Português na Era da (Des) promoção dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Rei dos Livros, p. 22, 23 e 24).

³⁰⁵ “Alguns estados europeus acolheram o outro tipo de controlo da constitucionalidade que consiste em certas pessoas poderem levar diretamente à apreciação do tribunal constitucional a constitucionalidade de determinada lei, independentemente da pendência de um processo judicial, ou da aplicação da lei. (...). Na Áustria qualquer pessoa pode interpor um recurso de amparo. (...). Na Alemanha, o recurso de amparo pode ser deduzido por qualquer pessoa, sem necessidade de patrocínio judiciário, e com o objetivo de proteger os seus direitos fundamentais. (...). Em Espanha, podem interpor o recurso de amparo todas pessoas que sejam titulares de direitos fundamentais. (...) O recurso de amparo polaco é semelhante ao espanhol. (...). Pelas suas características, o recurso de amparo favorece a defesa dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais”. (LEITE, **O tribunal constitucional e o sistema político**, cit, p. 123-124).

³⁰⁶ “Conexo com do debate sobre a subsistência ou não do atual modelo de fiscalização concreta, tem sido proposta, nos últimos tempos. A criação de um **recurso de amparo** à semelhança de institutos existentes na Espanha, na Alemanha, na Áustria, no Brasil e noutros países. Não é uma ideia nova, porque já aparecia, consoante demos notícia na altura própria, em anteriores projetos de revisão constitucional, como o nome ora de ação constitucional de defesa, ora de recurso constitucional, ora de recurso de amparo”. (MIRANDA, **Fiscalização da constitucionalidade**, cit., p. 286).

Essa sistemática se distancia do modal original do **recurso extraordinário** brasileiro, que, mesmo depois do advento da cláusula de repercussão geral, permite que o STF reforme a decisão do tribunal *a quo*, muito embora, com relação aos demais processos, suspensos, após o reconhecimento da repercussão geral, devam os tribunais *a quo* adequar suas decisões ao entendimento do STF (*leading case*), ainda que essas decisões já tenham sido prolatadas³⁰⁷, a semelhança do que ocorre após o TC julgar um recurso de constitucionalidade.

O sistema português de defesa jurisdicional da Constituição, exatamente por rejeitar a *judicial review* (oriundo do controle difuso dos Estados Unidos) em sua pureza, apesar de ter mantido a jurisdição constitucional difusa, prevê a possibilidade de o Parlamento fazer o controle do controle judicial da constitucionalidade, num aceno inequívoco à concepção ortodoxa do princípio da separação dos poderes³⁰⁸.

Por conta da abrangência e da relevância das questões constitucionais, que, não raro envolvem direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Português tem caminhado no sentido de expandir as hipóteses as quais se pode apreciar a inconstitucionalidade da lei e a ilegalidade dos atos públicos infralegais, normativos ou não³⁰⁹, seja por meio de da fiscalização abstrato/concentrada, seja por meio da fiscalização difusa, tendo em vista, sobretudo, ao fato de este tribunal ser órgão

³⁰⁷ “Assim, aduzi que a competência para a aplicação do entendimento firmado pelo STF é dos Tribunais e das Turmas recursais de origem. Afirmei, ademais que não se tratava de delegação para o exame do recurso extraordinário. Também não se cuidava de inadmissibilidade ou de julgamento de recursos extraordinários ou agravos pelo Tribunais e Turmas recursais de origem, mas do reconhecimento da competência dos órgãos de origem para adequarem os casos individuais decidido no *leading case*”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional, Gilmar Mendes, 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117).

³⁰⁸ “As decisões dos tribunais constitucionais europeus são acatadas por todos, *erga omnes*, pelos poderes políticos, instituições e indivíduos. São dotadas de força jurídica obrigatória geral. Ressalve-se, contudo, o que sucede na Polónia, na Roménia e em Portugal, em que o Parlamento pode superar a decisão de inconstitucionalidade, declarada pelos tribunais constitucionais, mediante uma deliberação confirmatória, votada por uma maioria de dois terços”. (LEITE, **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político**, cit., p. 133).

³⁰⁹ “O Tribunal Constitucional não avalia políticas, não se pronuncia sobre objectivos políticos económicos, financeiros, desde que estes não sejam constitucionalmente ilegítimos. Perante uma medida concreta de prossecução desses objectivos, tão pouco vê se ela é ou não a melhor, a mais adequada ou a mais eficaz. Só lhe cabe verificar se as medidas adoptadas, quando afectam direitos constitucionais, violam ou não a Constituição e sua decisão tem que ser exclusivamente fundamentada nesse tipo de razões”. (NOVAIS, cit., p. 93/94).

especificamente legitimado para assegurar a supremacia da Constituição³¹⁰, de forma a afirmar da força normativa do texto constitucional³¹¹.

³¹⁰ “Efectivamente, sendo a lei a expressão da vontade da maioria ela seria, em princípio insuscetível de qualquer controlo judicial. Mas, para evitar que as maiorias sejam tentadas a adoptar medidas despóticas ou restritivas da liberdade tal como é garantida pelas declarações dos direitos fundamentais, reconheceu-se a necessidade de conferir, em especial, aos juízes constitucionais o poder de controlar a constitucionalidade das leis. Ao princípio da maioria sobrepõe-se o princípio da constitucionalidade. Porém, o poder dos juízes constitucionais, para que mantenha a sua legitimidade, não deve concorrer ou substiuir-se ao poder legislativo”. (LEITE, **O tribunal constitucional e o sistema político**, cit, p. 123-124).

³¹¹ “Nas considerações anteriores, procuramos defender que o princípio da universalização do direito encontra a sua expressão mais justificada no catálogo constitucional de direitos fundamentais. Note-se, porém: a justificação das normas de direitos fundamentais com a pretensões de universalidade racional, ou melhor, de racionalidade universal, não responde ainda a uma outra objecção: a da **paradoxia da auto-suficiência** normativa das normas jurídico-constitucionais. (...). E, aqui, a resolução de muitos e importantes problemas suscitados pelos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados tem de passar por uma metódica capaz de recortar o **âmbito** e o **sector** normativo de uma norma consagradora de um direito fundamental. (...). Mesmo nas discussões que envolvem, de forma profunda, as racionalidades parciais, de várias esferas de justiça, de novo os conflitos e os diferendos se reconduzem em boa medida à determinação do âmbito protectivo das normas constitucionais”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 127 a 129).

3. A jurisdição constitucional no contexto das duas grandes famílias do direito: *common law* e *civil law*

Uma das maiores contribuições do direito comparado ao estudo das ciências jurídicas foi o agrupamento dos sistemas jurídicos em duas grandes famílias³¹²: uma de raízes romano-germânicas, a qual se convencionou denominar *civil law*; e outra gestada na experiência jurídica anglo-saxônica, denominada *common law*. A análise dos dois sistemas de direito³¹³, predominante nas sociedades políticas democráticas da contemporaneidade, guarda estreita relação com o modelo de jurisdição constitucional a ser adotado pelos Estados, que fazem a defesa judicial da constituição³¹⁴.

Saliente-se, por oportuno, que, em que pese haver na doutrina quem discorra sobre o sistema jurídico dos países do socialismo real³¹⁵, optou-se, nesta pesquisa, por não o estudar, por não haver qualquer conexão entre o modelo jurídico marxista-leninista de direito com a fiscalização judicial da constitucionalidade, até porque, a defesa da constituição encontra suas raízes mais remotas no movimento constitucionalista, que, por sua vez, é expressão jurídica do Estado liberal burguês.

No que pertine à família do *common law*, tem-se, que, por força da colonização britânica, tal sistema jurídico foi implantado em vários países do mundo, em razão da expansão territorial e da influência cultural e jurídica do *British Empire*, tanto que, mesmo

³¹² “Com efeito, as ordens jurídicas ou as famílias de direito consideradas na sua globalidade podem sempre comparar-se, isto é, os respectivos *elementos determinantes* podem sempre ser analisados em vista a uma sua compreensão comparativa, por mais antipódicas que se apresentem as filosofias informantes de cada uma delas”. (PINTO BRONZE, cit., p. 20).

³¹³ “Le groupement des droits em familles es propre à faciliter, en les réduisant `un nombre restreint de types, la presentation et la compréhension des dififérent droit du monde contemporain. L’aaccord pourtant n’est pas réalisé, pour savoir que elemént doit être pris em considération pour effectuer ce groupement”. (DAVID, **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**, cit., p. 23).

³¹⁴ “Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionalaes de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en quinto e indispensable método de la interpretación”. (HÄBELE, Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: UNAM, 2003, P. 150).

³¹⁵ “L’originanalité des droits socialiestes se manifeste em particulier par le caractere revolucionnaire qui leur es attribué; par opposition au caractere quelque peu statique des drotis romano-germanniques, le buit proclame par les juristes de bouleveres de fonde em comble la societé, em créant les conditions d’un odrdre nouveau dans lequel disparaîtront les notions mêmes d’État e de droit. Le source exclusive de régles du droit socialiste se trouve dans l’ouvre du législateur, qui exprime une volonté étroitement guidée par le parti communiste”. (DAVID, **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**, cit., p. 28/29).

fundada a dominação política e militar da Grã-Bretanha, quase todas as suas ex-colônias formaram a *Common Wealth*, Comunidade Britânica de Nações³¹⁶.

Fenômeno assemelhado ocorreu com o sistema jurídico do *civil law*, vez que as ex-colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas tiveram seu sistema jurídico influenciado pelo modelo romano-germânico, que por sua vez houvera influenciado o sistema jurídico continental³¹⁷.

Eis o porquê de não se prescindir do estudo das duas grandes famílias do direito³¹⁸, neste trabalho, na medida em que, há sinais inequívocos de haver relação entre o sistema jurídico, adotado por um Estado, e o método de controle jurisdicional da constitucionalidade, utilizado por este mesmo Estado; a ponto de se intuir que Estados adeptos do *civil law* tendem a adotar o método concentrado de jurisdição

³¹⁶ “De même que les droit romano-germanique, la common law a connu une expansion considérable, dans le monde entier, par l’effet des mêmes cause: colonisation ou réception”. (*Idem*, cit., p. 27).

³¹⁷ “No continente, como se sabe, a situação era bem outra: o Império desmoronou-se e a Europa feudalizou-se – o que inviabilizou o aparecimento, nos diversos reinos, de tribunais centrais e de sistemas jurídicos com individualidade científica nacional que se opusessem ao avanço coeso do (universitário) direito romano. Este último, se deixou de ser aplicado *ratione imperi* (por ser haver dissolvido a realidade política subjacente), passou a ser venerado (e, correlativamente, a beneficiar duma certa vigência) *império rationis*. Quer dizer: o direito romano – que, ao tempo, centrava as reflexões jurídicas no Continente – apresentou-se como um direito erudito de que se ocupavam professores com a utensilagem metodológica escolástica; era um direito acadêmico e teórico, (a partir de certa altura claramente) tributário da escola de Bizâncio, e que breve viria a hipotecar aquela natureza prudencial que fora a sua na época do apogeu (130 a.C.-230 d.C.)”. (PINTO BRONZE, cit., p. 132/133).

³¹⁸ “O *Common Law* inglês constitui-se através de uma evolução gradual de decisão; sob o ponto de vista histórico, trata-se de um direito casuístico (*Fallrecht*), não de um direito precipuamente corporizado em leis gerais e abstractas. No Continente, verificou-se uma evolução marcadamente diferente (desde a recepção do direito romano) que nos trouxe da interpretação do *Corpus Iuris Justinianeu* à codificação nacional dos preceitos jurídicos. A ciência do *Common Law* foi elaborada nos tribunais, a do direito continental nas escolas. Os maiores juristas ingleses foram juizes, os do Continente, professores. No Continente, quando os *civilians* se deparam com uma espécie jurídica concreta perguntam-se pela solução para ela contida num preceito legal que aplicam subsuntivamente; na Inglaterra e nos Estados Unidos prognostica-se como deverá o juiz resolver a questão *sub iudice* em vista das decisões anteriores sobre casos análogos. E estas diferenças de estilo repercutem-se no sistema jurídico compreendido na sua totalidade. No Continente, pensa-se abstractamente nos institutos jurídicos, em Inglaterra ponderam-se concretamente os casos. No Continente, o sistema jurídico pretende-se completo e isento de lacunas, em Inglaterra é-se céptico relativamente a todas as generalizações. No Continente, os conceitos sobrepõem-se por vezes à própria vida, em Inglaterra são as imagens da vida real que captam a atenção dos juristas, e assim por diante”. (*Idem*, p. 175/176).

constitucional³¹⁹; ao passo que Estados, que adotam o *common law*, como sistema jurídico, optam pela jurisdição constitucional difusa³²⁰.

3.1. A influência da família do *common law* na fiscalização judicial difusa da constitucionalidade

É cediço que não há defesa da Constituição na Grã-Bretanha, porque o constitucionalismo britânico não tem como princípio a supremacia da constituição. Vale dizer, os britânicos cultivam o princípio da supremacia do Parlamento, daí por que, não há falar em Constituição codificada no Reino Unido³²¹, e, portanto, não há rigidez constitucional, no direito bretão³²².

No entanto, postulados inerentes ao sistema jurídico da *common law*, tais como, a *judicial review*, o *stare decisis*, o *case law* e o *judge-made-law*³²³, aliados ao movimento constitucionalista americano, que fez com que o direito norte-americano tivesse como princípio da supremacia constitucional, foram decisivos para o pioneirismo do controle judicial (difuso) da constitucionalidade ter se dado em um Estado adepto do sistema jurídico anglo-saxônico³²⁴.

³¹⁹ (...) *En lo que se refiere ao sistema de la jurisdicción concentrada, la evolución histórica no muestra paralelismo alguno com el modelo anglosajon*". (BALAGUER CALLEJÓN, cit., 45).

³²⁰ *"La salvaguarda de la Constitución conoce dos grandes sistemas de control de constitucionalidade de las normas, el sistema difuso y el concentrado, que se corresponden con dos modelos de jurisdicción, el anglosajon y el continental o europeo"*. (Idem, p. 42).

³²¹ *"The truth is that the British Constitutional norms are written although they are not found in one single document that is called a constitution*. (ORRANTIA, Fernando. **Conceptual Differences between the Civil Law System and the Common Law System**, 19 Sw. U. L. Rev. 1161. Acess: Thu Feb 28 07:23:32 2019, p. 1162).

³²² *"Las constituciones flexibles son aquellas que solon difieren de las leyes em razón de la matéria, pero non son de jeraquia superior. Pueden ser modificadas em cualquier momento por la autoridad legislativa ordinaria, como cualquier otra ley. Por el contrario las constituciones rígidas, poseen una yeraquia superior a las lyes ordinarias y non son modificables por la autoridad legislativa ordinaria"*. (BRYCE, J. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Madri: CEC, 1998, p. 9).

³²³ *"Al surgir el common law como um derecho del caso, (case law), estamos continuamente ante a um processo abierto a la realidad y as circunstancias propias del caso. Por contra, el civil law desarrolla um sistema de derecho objetivo, construído dogmaticamente, que pretende tener las soluciones, previamente a los problemas* (BALAGUER CALLEJÓN, cit., 45).

³²⁴ *"La reivindicación del Juez Coke en orden a la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacia del common law frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento será plenamente recepcionada en las Colonias, primero, y el nuevo Estado independiente, más tarde"*. (SEGADO, cit., p. 20).

A conquista normanda, pela Inglaterra, constitui-se num marco decisivo para edificação do sistema jurídico do *common law*, em terras inglesas³²⁵. Desde antes da formação atual dos países que compõe o Reino Unido, já havia uma ideia de direito consuetudinário³²⁶, a se construir gradativamente, por conta das soluções de casos concretos (*case law*), pelo que os juízes e as cortes judiciais foram os principais protagonistas na produção do direito inglês, era o *judge-made-law*³²⁷.

Os precedentes judiciais, como principal fonte do direito na Inglaterra, contribuíram, sobremaneira, para a formulação de um sistema jurídico, no qual o direito é produzido pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a doutrina do *stare decisis* impôs-se na comunidade jurídica britânica³²⁸, e, por conseguinte, o respeito ao precedente judicial consolidado passava a ganhar alcance nacional, após, a *House of Lords* confirmar que a razão de decidir, do *case law*, se estenderia por toda a Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte³²⁹.

Aliás, é também por conta do princípio da supremacia do Parlamento que coube a Câmara dos Lordes, a atribuição para consolidar o *stare decisis*, uniformizando o direito

³²⁵ “La conquête normande, cependant, constitue un événement capital dans l’histoire du droit anglais, car elle apporte en Angleterre, avec une occupation étrangère, un pouvoir offert, centralisé, riche d’une expérience administrative mise à l’épreuve dans le duché de Normandie”. (DAVID, **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains**, cit., p. 320).

³²⁶ “Mas outro facto há que queremos precisar. Evidentemente, se o direito romano não foi chamado a desempenhar na edificação e evolução jurídica inglesa o mesmo papel fundamental que sabemos ter sido o seu no Continente, isso não significa que ele não tenha nunca atravessado a Mancha e não haja aí historicamente ocupado um lugar de relevo. De facto, não se ignorou o direito romano nas Ilhas Britânicas, nem sequer durante a própria Idade Média: Vacarius (de Bolonha) ensinou-o em *Oxford* e *Canterbury*; Bracton inspirou-se nele para conferir alguma sistematização ao direito substantivo inglês; em matéria matrimonial e sucessória, os tribunais eclesíasticos aplicavam o direito canónico, que mais não era do que uma versão despaganizada do direito romano; o *Court of Chancery* adoptou igualmente um processo inquisitorial de inspiração canónica”. (PINTO BRONZE, cit., p. 138/139).

³²⁷ “In the world of the common law system, on the other hand, the Evolution of law is carried out by judges who adapt the law to the changed conditions within Society. For that reason, it is said that the civil law is more academic or didactic and tends to be more systematic and consistent in its terminology than the common law made by judges”. (ORRANTIA, cit., p. 1165).

³²⁸ “(...) la trascendencia y autoridad tradicionales otorgados a los casos fallidos (“precedentes” en el amplio sentido identificado por John Bell) por los juristas ingleses (y, notablemente, jueces posteriores) fueron reforzadas durante el siglo XIX mediante un conjunto de normas en cuya virtud una sentencia anterior (o, al menos, parte de la misma, su ratio decidendi) fue declarada formal y jurídicamente vinculante para un tribunal posterior. Este conjunto de reglas devino conocido como la doctrina del precedente u ocasionalmente **stare decisis** (precedente em el segundo sentido señalado por John Bell)”. (WHITTAKER, Simon. **El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela**. Revista Chilena de Derecho, n. 1, Vol. 35, 2008, p. 37-83, p. 39).

³²⁹ “Les règles de l’équit, développées par la Cour de la Chancellerie, avient une autre origine historique que celles de la common law, élaborées par les Cours de Wetsminster”. (DAVID, **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains**, cit., p. 352).

em todo o Reino Unido. E mais, para a superação de um precedente judicial consolidado pela a *House of Lords*, era necessário a feitura de uma lei pelo parlamento³³⁰.

Assim, “legitima-se” a *judicial review* sem afetar o princípio da supremacia do Parlamento³³¹, haja vista que até o início do século XXI, uma das duas casas parlamentares britânicas tinha atribuição para consolidar o entendimento jurisprudencial, ainda que o precedente consolidado viesse a negar ou mitigar um texto normativo produzido pela Câmara dos Comuns. Tudo emergia do Parlamento e para ele convergia: o direito, mesmo produzido pelos juízes, as decisões políticas, o governo e a fiscalização do governo pela oposição.

Da adoção do sistema de precedentes judiciais, como principal fonte do direito no *common law*, decorrem os institutos do *distinguishing*³³², do *overruling*³³³, da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*³³⁴, além da doutrina do *stare decisis*. A análise, ainda que superficial destes institutos, é fundamental para a compreensão do *common law*.

A doutrina do *stare decisis* é um dos pilares do sistema jurídico, que tem os precedentes judiciais como fonte principal do direito. É que esta doutrina cumpre a função

³³⁰ “A doutrina do precedente *estritamente* vinculante tornava o precedente vinculante inclusive para a própria Câmara Judicial da House of Lords, exigindo-se a aprovação do parlamento de uma lei para a superação do precedente”. (BUSTAMANTE, Thomas Rosa. **Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos**. Revista de Direito GV | SÃO PAULO | v. 14 N. 2 | 707 - 745 | MAI-AGO 2018, p, 713).

³³¹ “En el ambiente moderno, esta es una frontera que a los jueces ingleses entusiasma observar (y ser vistos que la respetan) por diversos motivos: quieren prevenir que se les acuse de usurpar la función de un legislador democráticamente elegido; quieren evitar pronunciar sentencias que requieran la evaluación de elementos respecto de los cuales son inexpertos o están relativamente desinformados (en especial consideraciones de política social o económica); y quieren eludir tomar decisiones que, aunque puedan parecer generales en los términos en que son expresadas, arriesgan sembrar incertidumbre debido a su fragilidad en manos de tribunales posteriores”. (WHITTAKER, **El precedente em el derecho inglés**, cit., p. 45).

³³² “*Distinguishing* (...) pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o diferenciam, isto é, para além das similaridades (...)”. (THEODRO Jr., Humberto; NUNES, Dirley; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória**. In: **Revista de Processo** / vol. 189/2010 / p. 9 – 52 / Nov / 2010, p. 13).

³³³ “ (overruling): (...) a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem”. (**Idem**, p. 13).

³³⁴ “Where a court makes a decision that contains in itself a principle, it creates a judicial precedent. The opinion in which the judge formulates his reasons for the decision is not the precedent, although it may be impossible to ascertain the precedent without a study of the opinion, since only from the opinion may one discover what facts are regarded by the court as material. [...] From the decision considered in relation to the material facts, one can isolate the principle of the case, which is the precedent”. (JOHN, Hanna. **The role of precedent in judicial decision**. Villanova University Law Review, Pennsylvania, v. 3, n. 3, 1957, p. 370).

de tornar sedimentado aquilo que já decidiu num caso concreto, e que servirá de parâmetro para todos os demais casos idênticos ou suficientemente assemelhados³³⁵. É por conta do *stare decisis* que o conteúdo do que já se decidiu fica consolidado, e passa a integrar o conjunto normativo da ordem jurídica dos Estados que pertencem à família jurídica do *common law*. O *stare decisis* implica no dogma do dever de respeito ao que já foi decidido, pelas cortes e juízes. Em razão desta doutrina, as cortes superiores vinculam as demais cortes, àquelas “subordinadas”, e estas vinculam juízos singulares (onde houver)³³⁶.

Daí a ideia do *judge-made-law*. É que o direito anglo-saxônico é formulado a partir de decisões proferidas em casos concretos, ou seja *case law*³³⁷. Contudo, não é o dispositivo da decisão que serve de precedente, e sim o seu fundamento³³⁸. Então, o conteúdo do que já se decidiu, que é a fonte primária do sistema jurídico anglo-saxônico, é formado a partir da transcendência da *ratio decidendi*, que vem a ser o fundamento essencial da decisão paradigmática, que constitui o precedente judicial a ser seguido³³⁹.

³³⁵ “El proceso de decisión judicial inglés se revela como mucho más complejo que lo que la formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, toda vez que los jueces procuran dirimir la tensión que existe entre las virtudes de la coherencia y la igualdad que subyacen al **stare decisis** y la necesidad de adaptar el Derecho para hacer justicia a los hechos que evolucionan ante sí”. (WHITTAKER, **El precedente em el derecho inglés**, cit, p. 77).

³³⁶ “The key to understanding the practice of *stare decisis*, I shall argue, lies elsewhere. Specifically, it lies in the virtue Ronald DWORKIN calls integrity. Integrity is a value that is realized by patterns of behavior a CROSS time. The unique demand that integrity makes upon both individuals and courts is that they recognize that what they have done in the past affects what they ought to do now. *Stare decisis*, I aim to show, promotes integrity in judicial decision-making. (...) As we shall see, a court with no concern for the integrity of its own decision-making would not need to distinguish or overrule its precedents. It could simply ignore them”. (HERSHOVITZ, Scott. **Integrity and Stare decisis**. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ed.). *Exploring Law’s Empire*. New York: Oxford University Press, 2008, p.103-104).

³³⁷ “In law a precedent is an adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing a rule or authority for the determination of an identical or similar case afterwards arising, or of a similar question of law. The only theory on which it is possible for one decision to be an authority for another is that the facts are alike, or, if the facts are different, that the principle which governed the first case is applicable to the variant facts”. (WILLIAM M. Lile (et al.) apud BRYAN A. Garner (ed.), **Black’s Law Dictionary**, 9.ª ed., West, 2009, p. 1295).

³³⁸ “Porque si las decisiones inglesas obligan, ello sucede solo em la medida en que um tribunal en el futuro así lo declare. Por tanto, el grado de autocontrol que podemos percibir que los jueces ingleses ejercen en el desarrollo del Derecho, puede ser explicado por el sentido de lo que es apropiado constitucionalmente, la factibilidad de construir normas adecuadas de suficiente aliento y fortaleza en el área de Derecho pertinente, la necesidad de certeza jurídica y la naturaliza apremiante de “justicia” en el caso concreto”. (WHITTAKER, **El precedente em el derecho inglés**, cit., p. 45).

³³⁹ “The phrase “*ratio decidendi*” had been used by John Austin (1869) in his lectures on jurisprudence in the 1830s: “Law made judicially must be found in the general grounds or reasons of judicial decisions. The general reasons or principles of a judicial decision (as thus abstracted from any peculiarities of the case) are commonly styled by writers on jurisprudence the *ratio decidendi*”.

Nesse sentido, é a *ratio* o fundamento da decisão do caso concreto que não se despreza, que se constitui no paradigma a seguido. Já os demais fundamentos, que não tenham sido essenciais para o que se decidiu, a doutrina os denomina *obiter dictum*.³⁴⁰ É dizer, a *obiter dictum* não vincula os julgados futuros, não faz parte do precedente paradigmático³⁴¹; ao tempo em que a *ratio decidendi* é o próprio precedente, porque fundamento essencial do *decisum* que deu origem ao precedente.

O sistema jurídico, com arrimo nos precedentes judiciais, afirma, sobremaneira, os princípios da segurança jurídica e da isonomia, embora não engesse o direito³⁴², porque sempre que o precedente houver de ser superado, para acompanhar a evolução da infraestrutura da sociedade politicamente organizada (dinâmica sócio/econômica), a superestrutura jurídica há de ser mudada, por meio da técnica de julgamento denominada *overruling*³⁴³.

*Seventy years later, Sir John Salmond's Jurisprudence concluded similarly that the ratio decidendi was the underlying principle (of a decision) which forms its authoritative element". (...) Eugene Wambaugh (1894), suggested also that, when a case turns only on one point, the doctrine or ratio must be a general rule without which the case must have been decided otherwise. He added that the doctrine of the case must be one that is in the mind of the court". (MARSHALL, Geoffrey. **What is binding in a precedent**. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Hants: Ashgate, 1997, p.45).*

³⁴⁰ Qualquer outra razão de Direito desenvolvida na sentença é *obiter dictum*, pois a *ratio* são as razões de Direito que são necessárias. (Cfr.: CRACKNELL, D. G. **English Legal System Textbook**, London: HTZ, 1994).

³⁴¹ "Como explica Criscuoli, 'a necessidade de distinguir entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* já oficialmente advertida por Vaughan C. J. em *Boles v. Horton*, de 1673 é uma consequência natural do fato de que o juiz não encontra limites' ao enunciar os fundamentos de seu julgamento". (BUSTAMANTE, cit., p. 713).

³⁴² "Daí também que, entre nós, Antunes Varela tenha podido escrever, a propósito de uma apreciação comparada dos dois sistemas jurídicos, que o direito inglês se limitara a substituir (aliás sem vantagem, em sua opinião) o *tirano* do legislador pelos *tiranetes* dos múltiplos jogadores – como se, na verdade, não fossem ambos co-responsáveis pela *actuação* do direito, isto é (e para resumirmos tudo numa palavra), como se não pudéssemos apelida-los a ambos *jurisladores*, como se os não devêssemos ver mais como *sócios* (ou *parceiros*) – já que ambos têm um poder *originário* de criação do direito (mais extensivamente 'revolucionário' o do legislador, é certo, mas intensivamente superior o do juiz ao nível da autónoma intenção do direito) – do que como *adversários*, e como se (para revertermos às instâncias figuradas) a lei e a jurisprudência se não determinassem dialecticamente. Não obstante, esta corrente continental". (PINTO BRONZE, cit., p. 157).

³⁴³ "(...) most Civil Law courts – at least the ones in Europe – will, in practice, not easily overrule their former case law. This is due to the fact they do not wish to undermine their authority by correcting their own decisions. A comparative German-American study, for instance, found that, in the almost 50 year history of the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), in which it published around 4.000 decisions, it departed from precedentes in fewer than a dozen cases. This consistency is all the more remarkable in light of the fact that 78 different judges sat on the court during this period". (FUNKEN, Katja. **The Best of Both Worlds – The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System**. Disponível em: www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13598/convergence.pdf)

Caso não haja necessidade de modificar o precedente, a corte e/ou o juiz devem, ao julgar o novo caso, aferir se é possível a subsunção do caso a ser julgado à *ratio decidendi* do precedente, para aplicá-lo ou não. Esta operação de subsunção do caso *sub judice* ao precedente é denominada pela doutrina *distinguishing*.³⁴⁴

Estudos apontam ser o sistema jurídico inglês desafeto das alterações aos seus precedentes, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde há previsão de não vinculação das cortes estaduais e da Suprema Corte aos seus próprios julgados. No Reino Unido, somente a Suprema Corte não está vinculada aos seus precedentes, por isso há precedentes com mais de quatrocentos anos na Grã-Bretanha³⁴⁵.

Enquanto que nos EUA, o federalismo contribuiu para maior flexibilidade do direito, no que tange à possibilidade de modificação de precedentes. Em verdade, há quem afirme existirem cinquenta sistemas do *common law* nos EUA³⁴⁶ (quarenta e nove, para ser mais preciso, uma vez que o Estado da Luisiana adota o *civil law*).

É que, no intrincado sistema jurídico federalizado dos EUA, há leis federais (poucas, mas há), leis estaduais, normas constitucionais estaduais e federais, precedentes de cortes dos estados-membros e da Suprema Corte (estes sim com validade em todo território nacional)³⁴⁷. E, não raro, a Suprema Corte se abstém de julgar determinados casos, em respeito ao pacto federativo americano, já que o julgamento de um caso concreto por aquela Corte implicaria na criação de um precedente novo para todos os estados da Federação Americana³⁴⁸.

³⁴⁴ “The judge is human, and feels the bias with the coloring of the particular cases gives. If he wishes to decide the next case differently, he has only to distinguish, and thereby make new law...” (Robert Rantoul. **Oration at Scituate** (1836), reimpresso in *American Legal History*, 2. ed., editado por Kermit I. Hall, William M. Wiecek, e Paul Finkleman. [New York: Oxford University Press, 1996, p. 318])”. (TAMANAHA, cit., p. 19).

³⁴⁵ “The common law in England and the United States integrate two basic underpinnings with distinct from legitimation. First, as describe above, the common law was thought to be a product of the customs of the people from time immemorial, an ‘ancient collection of unwritten maxims and costumes’, worte Blackstone (*Commentaries* 17, quoted in Gerald Postema, **Bentham and the Common Law Tradition** [Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 4])”. (TAMANAHA, cit., 13).

³⁴⁶ “Il est permis en somme de dire qu’aux États-Unis il n’y a pas de common law federal, mais il faut corriger cette affirmation en disant que les cinquante common law que l’on trouve dans les cinquante États, quoqu’elles soient en théorie distinctes, soient considérées comme étant ou devant être identiques les unes aux autres”. (DAVID, **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**, cit., p. 417).

³⁴⁷ “Il existe aux États –Unis um contrôle judiciaire, visant la constitutionnalité des lois ou toutes autres mesures prises tant par les autorités fédérales que par les autorités des États”. (**Idem**, p. 417).

³⁴⁸ “(...) one can detect a trend towards codification in many Common Law countries. For exemple, Australia, England and the United States now have an extensive body of codes in the fields of bankruptcy,

Não por acaso, a contribuição dos ditames do sistema da *common law*, somada ao movimento constitucionalista americano, que erigiu a supremacia constitucional à categoria de princípio constitucional – ao reverso da supremacia do Parlamento, adotada pelos ingleses –, propiciou que a fiscalização da constitucionalidade das normas infraconstitucionais tivesse tido como berço exatamente os Estados Unidos³⁴⁹.

Foi a confluência da familiaridade com a *judicial review*, com a doutrina do *stare decisis*, com o *case law* e com o *Judge-made-law*, todos institutos jurídicos do *common law*; com o princípio da supremacia da Constituição sobre o Parlamento, como poder constituído; que se constituiu no fator preponderante para o surgimento da defesa judicial da Constituição em terras norte-americanas, não por acaso através do método difuso de jurisdição constitucional³⁵⁰.

De outro giro, por razões óbvias, não há falar em controle da constitucionalidade das leis no Reino Unido que, mesmo sendo o berço da *common law*, não poderia cogitar de haver fiscalização da constitucionalidade em seu sistema jurídico, por conta do princípio da supremacia do Parlamento, pelo qual até mesmo as normas de natureza constitucional não se impõem ao regime parlamentar, posto que o Estado liberal burguês inglês não se consolidou em um único texto constitucional codificado, razão pela qual não há rigidez constitucional na Grã-Bretanha³⁵¹.

3.2. Relação entre o método de controle judicial concentrado da constitucionalidade e o sistema jurídico do *civil law*

intellectual propriety, antitrust, banking regulation, securities and tax law. As to the United States of America, Judge Calabresi observed in 1982 that the United States have entered the age of statutes and that statutes may be used as sources of law beyond their terms". (FUNKEN, *The Best of Both Worlds*, cit).

³⁴⁹ "A epígrafe sugere aquilo que na realidade, marcou o **constitucionalismo americano**: um povo (mas não uma 'nação') que reclamou, como na França, o direito de escrever uma lei básica e na qual ele fez diferentes uso da história". (CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 58).

³⁵⁰ No que tange ao papel e responsabilidade das cortes americanas na aplicação e interpretação da carta constitucional, cf.: (WHYTE, John. *Pays de Common Law. In Le Controle Juridictionnel de Lois: Légitimité, Effectivité et Développements Récents*. Paris: Economica, 1986. p. 157).

³⁵¹ "Saber se toda a Constituição implica ou permite um conceito de inconstitucionalidade equivale a saber se sofre gradações a força vinculante das suas normas, consoante as qualidades que umas tenham e outras não tenham, em virtude dos sistemas em que estejam integradas. É neste ponto que ocorre falar (quanto mais não seja para obviar a prováveis equívocos) na tão usada classificação das Constituições em rígidas e flexíveis". (MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 37).

Tendo a Europa Continental como berço, em consequência da expansão territorial do Império Romano, e, depois, de semelhante fenômeno relativo ao Sacro Império Romano-Germânico, o sistema jurídico do *civil law* tem como premissas: a consolidação do direito de forma codificada, a partir da produção normativa exclusiva (ou preponderante) dos parlamentos; o dogma do respeito ao princípio da legalidade, que constitui alicerce do Estado de direito; e a concepção ortodoxa do princípio da tripartição orgânica do Poder³⁵², como valor essencial do regime democrático.

Diferentemente das sociedades que adotam o *common law* como sistema jurídico, os países do *civil law* não prestigiam o *case law*, como fator de efetivação do princípio da segurança jurídica, posto que se apegam às leis, que emanam do Poder Legislativo, como fonte primária do direito, segundo o dogma de que a abstração e generalidade, inerentes ao texto normativo legal, é que trazem segurança jurídica, na medida que se prestam a antever situações futuras de conflitos, que devem ser resolvidas com fundamento na lei posta.

Nesse compasso, o princípio da legalidade, que informa todo o sistema jurídico da *civil law*³⁵³, serve de instrumento para tornar eficaz o princípio da isonomia entre os membros da sociedade política, através de outro dogma, o da igualdade de todos perante a lei.

E mais, a lei não só regula as relações sociais com repercussão jurídica, como também limita o exercício do poder estatal, por quem está investido de parcela deste

³⁵² “The doctrine of the separation of powers” is by no means a simple and immediately recognizable, unambiguous set of concepts. On the contrary it represents an area of political thought in which there has been an extraordinary confusion in the definition and use of terms. Furthermore, much of the specific content of the writings of earlier centuries is quite inappropriate to the problems of the mid twentieth century. The doctrine of the separation of powers, standing alone as a theory of government, has, as will be demonstrated later, uniformly failed to provide an adequate basis for an effective, stable political system. It has therefore been combined with other political ideas, the theory of mixed government, the idea of balance, the concept of checks and balances, to form the complex constitutional theories that provided the basis of modern Western political systems”. (VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, Ebook, 2012, Cap. 2. Disponível em: <https://www.amazon.co.uk/reader/0865971757/ref=rdr_sb_li_hist_1&state=011111>)

³⁵³ “The term ‘civil law’ has a quite specific meaning for comparative lawyers; it is used to denote the systems of Western continental Europe (excluding Scandinavia) and the systems (such as those of Latin America) greatly influenced by them”. (WATSON, ALAN. **The Making of the Civil Law**. Cambridge, London: Harvard University Press, 1981, p. 2.)

poder, da feita que desobriga os cidadãos de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sem que haja um comando legal (aqui se considerando a lei em sentido formal)³⁵⁴.

As premissas que caracterizam o sistema jurídico da *civil law* ajudam a explicar o porquê da Europa ter demorado mais de um século para proteger os seus Estados constitucionais da atuação do legislador ordinário, não implementando mecanismo algum de defesa das suas constituições.

Enquanto os Estados Unidos inauguraram a fiscalização da constitucionalidade em 1803, a Europa só o fez no Século XX. E ainda assim, é emblemático o sistema francês de defesa da Constituição, o que inadmite a *judicial review* até os dias de hoje, mesmo após a reforma constitucional que deu poderes ao Conselho Constitucional para atuar de reforma repressiva³⁵⁵. É que o controle repressivo exercido pelo Conselho Constitucional Francês não tem natureza jurisdicional.

Também por conta dos princípios norteadores do sistema do *civil law*, onde se edificou um mecanismo judicial de defesa da Constituição na Europa continental, se instituiu um órgão apartado dos três Poderes, cujo nome genérico é tribunal constitucional, de forma a não afetar o princípio da divisão orgânica do poder, uma vez que este órgão tem natureza constitucional, atuando em condição de sobreposição aos três poderes instituídos pela constituição, com a função precípua de ser o guardião do texto constitucional, robustecendo a ideia de Estado (constitucional) democrático de direito³⁵⁶.

Por esta formulação, a *judicial review*, a ser exercida pelos tribunais constitucionais, não compromete a independência dos poderes, porque não raro os tribunais constitucionais não integram a estrutura do Poder Judiciário, ao qual somente

³⁵⁴ “The fundamental distinction between the common law system and the civil law system is that the civil law system, laws are compiled in codes as a result of legislative action”. (ORRANTIA, cit., p. 1164).

³⁵⁵ “En Francia, el Consejo Constitucional, criado por la Constitución de 1958, con la que se inicia la V República, nace con una naturaleza muy distinta a la del resto de las jurisdiccionales constitucionales europeas, y con la misión fundamental de salvaguardar e garantizar las nuevas competencias normativas otorgadas por el Texto do Gobierno, atribuyéndosele la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidade, tanto de los reglamentos de las Cámaras, como de las leyes orgánicas (...)”. (RIVERO, Cayetano Nuñez, MATÍNEZ, Juan Manoel, MRTÍNEZ, Maria Nuñez. **Teoría del Estado Constitucional**. 1. ed. Madrid: Editora Universitas, S.A., 2009, p. 188).

³⁵⁶ “La constitución se erige así em fuente de legitimación del poder, y adquiere rango normativo máximo como fuente del Derecho. La necesidad de generar una defensa del contenido constitucional, exige la creación de una nueva institución vigilante de la propia normatividade constitucional, para lo que se crean los Tribunales Constitucionales.” (BALAGUER CALLEJÓN, cit., p. 38).

cabe a jurisdição ordinária³⁵⁷. Assim, afirma-se o princípio da supremacia da constituição, sem que se afete o princípio da tripartição orgânica das funções precípua do Estado democrático constitucional.

Destarte, na Europa Ocidental, três Estados constituem exceção a este modelo de jurisdição constitucional concentrada exclusiva: a Grécia, que, antes de adotar o controle judicial misto da constitucionalidade, no início do Século XX, já houvera instituído a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade, por força da atuação de seus tribunais³⁵⁸; Portugal, que adota o método misto de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis³⁵⁹; e a França, que faz a defesa da constituição, unicamente pelo sistema político, pelo que não admite a *judicial review*, posto que não permite que se mitigue o dogma da divisão orgânica do poder³⁶⁰.

Com efeito, o sistema jurídico do *civil law* não foi implementado de maneira uniforme, em face das especificidades das sociedades colonizadas por Estados europeus continentais. É que algumas das ex-colônias já tinham civilização autóctone, que ostentavam até culturas milenares, inclusive com adoção de sistema jurídico próprio³⁶¹.

³⁵⁷ “...la división de poderes por si misma, no es una garantía de democracia, si no se consiguen establecer mecanismo de control reciproco entre estos poderes”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. En Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales**. Madrid; CEC, 1994, p. 612.)

³⁵⁸ “A primeira declaração de inconstitucionalidade de lei ocorreu em 1897, quando a Corte de Cassação grega constatou a violação do direito de propriedade por lei ordinária e cassou uma decisão do Tribunal de Alçada de Atenas por ter omitido o exame de constitucionalidade da referida lei”. (DIMOULIS, cit., p. 215).

³⁵⁹ “Este *allgemeinen richterlichen Prüfungsgrsrecht* das leis foi expressamente reconhecido pela primeira vez na Constituição de 1911 – que assim se revelou, na matéria em causa como um documento constitucional precursor no espaço europeu, ao introduzir no ordenamento jurídico português, por inspiração directa da Constituição brasileira de 1891, o sistema do controlo incidental difusoda constitucionalidade, segundo o modelo norte-americano; um tal sistema mantevesse, com algumas variantes, na vigência da Constituição de 1933; e mantevesse ainda no período constitucional provisório que a esta se seguiu, após o movimento revolucionário de 25 de abril de 1974 até à Constituição de 1976”. (DA COSTA, **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, cit., p. 11/12).

³⁶⁰ “Em premier lieu, ele illustre parfaitement l’attitude du judge judiciaire à l’égard des interprétations du Conseil constitutionnel: ele s’em écarté rarement, mais ne tient généralement compte. Em second lieu, ele offre um compromis opportun entre l’absence traditionnelle d’autorité juridique de la jurisprudence et une initiation du judge à suivre l’interprétation de la Constitution dégagée par le Conseil constitutionnel nécessaire au meintein de la cohérence de l’ordre juridique”. (DEUSALUNAY, cit., p. 707).

³⁶¹ “Mais il existait dans ces pays, avant que cette réception n’ait lieu, une civilisation autochtone, comportant certains manières de voir ou de se conduire et certaines institutions. La réception a pu laisser subsister certains structures ou conceptions originales”. (DAVID, **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**, cit., p. 25).

Já nas ex-colônias das Américas, com exceção dos Estados Unidos e do Canadá, que foram colonizados pelos ingleses, tendo recebido influência do *common law*, o sistema jurídico do *civil law* foi recepcionado com maior facilidade, por conta da não complexidade da organização social dos ameríndios, razão pela qual, as ex-colônias espanholas, portuguesa, francesas e holandesas adotaram o *civil law*, que ficou como sistema dominante nos que se constituíram Estados, após a independência dessas ex-colônias³⁶².

Importa destacar a experiência jurídica brasileira que, mesmo após a adoção do método difuso de controle judicial da constitucionalidade, desde a primeira Constituição republicana, a de 1891, não incorporou a doutrina do *stare decisis*, em respeito aos princípios da separação dos poderes – em sua concepção ortodoxa – e da legalidade, pilares do sistema jurídico do *civil law*.

É que tendo o Brasil optado pela família do *civil law*, por influência da colonização portuguesa, inclusive academicamente, uma vez que a elite cultural brasileira do Século XIX tinha formação jurídica na Universidade de Coimbra³⁶³, era natural que o direito brasileiro não houvesse incorporado a eficácia transcendente das decisões do controle judicial difuso da constitucionalidade, a exemplo dos Estados Unidos.

Nesse sentido, embora o direito constitucional brasileiro admitisse a *judicial review*, desde a Constituição de 1891, os efeitos das decisões prolatadas em sede de controle difuso no Brasil só impactavam as partes dos processos concretos. É dizer, a defesa da Constituição brasileira somente acontecia na modalidade concreta, não havendo mecanismo processual algum para que se fizesse transcender as decisões, prolatadas pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, nos processos intersubjetivos, até o advento da Constituição brasileira de 1934.

³⁶²“Les Colonies espagnoles, portugaise, française, et hollandaises d’Amérique, établies dans des pays pratiquement inhabités ou dont la civilisation était vouée à disparaître, ont accepté juridiques caractéristiques de la famille romano-germanique”. (*Idem*, cit., p. 80).

³⁶³“(…) os primeiros cursos jurídicos brasileiros, de cuja criação participaram homens que estudaram na Coimbra reformada, refletem esta reserva oitocentista ao direito romano”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p216/217).

Quanto a influência do *civil law* no modelo jurisdicional concentrado de controle da constitucionalidade, despontam as ideias de Kelsen sobre quem deveria ser o guardião da constituição³⁶⁴.

O legado de Kelsen torna-se consenso na Europa continental (exceto na França) e expande-se para outros continentes, a partir do segundo pós-Guerra, inclusive para a América Latina; motivo pelo qual, países, como o Brasil, passaram a instituir, em concomitância, os dois métodos de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, o difuso, por influência dos Estados Unidos, e o concentrado, por influência do modelo europeu kelseniano.

3.3. Os Estados Unidos da América e a contribuição do *common law* para fiscalização judicial difusa da constitucionalidade

O direito estadunidense, como já foi discorrido em tópicos anteriores deste estudo, contribuiu diretamente para o desenvolvimento e efetivação do controle jurisdicional da constitucionalidade, posto que foi na América, que surgiu a ideia de supremacia da constituição, devido ao fato do movimento constitucionalista norte-americano ter em sua gênese a insurgência contra as decisões do Parlamento britânico, que redundou na Independência dos Estados Unidos (das treze ex-colônias)³⁶⁵. Era a Revolução Liberal Americana.

Some-se a isso, o fato do sistema jurídico dos Estados Unidos ser caudatário do *common law*, em razão da colonização inglesa, pelo o que a *judicial review* já estava arraigada na cultura jurídica estadunidense. E mais, a doutrina do *stare decisis* contribuiu para que as decisões da Suprema Corte, em casos concretos, sobre constitucionalidade de leis, tivessem eficácia transcendente³⁶⁶. Era a combinação da *judicial review* com o efeito

³⁶⁴ “La garantía jurisdiccional de la Constitución, es un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”. (KELSEN, **Quién debe ser el defensor de la Constitución**, cit., p. 109).

³⁶⁵ “Com efeito, muito ao invés da França e dos países que lhe seguem o exemplo, os Estados Unidos podem afirmar-se que vivem quase desde a sua independência sob o princípio da constitucionalidade”. (MIRANDA, **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**, cit., p. 53).

³⁶⁶ “Mas, a rigor, a juridicizãõ daqueles princípios éticos tocou pioneiramente, ao ‘Bill of Rights’ da Constituição norte-americana, consubstanciado nas suas dez primeiras emendas, ratificadas em 1791. E, quanto à sua garantia, não se deve ignorar o marco representado pela doutrina do controle de

transcendente das decisões da Suprema Corte, por força do *stare decisis*: daí exsurge o método difuso de fiscalização judicial da constitucionalidade, que se tributa ao fato de os Estados Unidos terem adotado o sistema jurídico do *common law*³⁶⁷.

Nesse sentido, por influência do *common law* da Inglaterra, tem-se no direito norte-americano, os institutos do *judge-made-law*, do *case law*, do *stare decisis* e da *judicial review*³⁶⁸. Acrescente-se, por oportuno, que esses institutos, também foram incorporados em sistemas jurídicos de outros Estados, que também receberam colonização britânica, como Austrália, África do Sul e Canadá³⁶⁹.

Da doutrina do *stare decisis* decorre o dogma de que, os órgãos do Poder Judiciário devem observar as decisões já tomadas no julgamento de casos análogos: é a cultura do respeito aos precedentes, que tem como escopo, a previsibilidade das decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais, de modo que haja uniformidade e estabilidade no ordenamento jurídico³⁷⁰.

Disso decorre que os precedentes formados por uma corte de hierarquia superior têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante sobre às cortes inferiores, não se tolerando que um órgão judicial de menor hierarquia não observe o que uma corte superior já consolidou ser o direito que deve ser aplicado em situações análogas³⁷¹. Obviamente que

constitucionalidade das leis, elaborada pela Suprema Corte daquele país, em 1803". (BARROSO, **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, cit., p. 104).

³⁶⁷ "El Sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas jurídicos de **common law**...". (SEGADO, cit., p. 41).

³⁶⁸ "It is easier for us, to study the United States legal system in comparison to the British, because the former has only one court system to resolve equity and common law conflicts, a written constitution, a system of protection of individual rights and the federal system of government which has served as a model for almost half of the modern world". (ORRANTIA, cit., p. 1162).

³⁶⁹ "Comparável ao que foi o direito romano para os países do continente europeu e para inúmeros países extra-europeus, o direito inglês está na origem da maioria dos direitos dos países de língua inglesa, tendo exercido uma influência considerável sobre o direito de vários países que sofreram, numa época de sua história, a dominação britânica". (DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

³⁷⁰ "A doutrina do *stare decisis*, portanto, vislumbra as razões geradas pelo precedente judicial como decisivas, excludentes, no sentido de vincular de maneira definitiva os tribunais que se colocam sob sua autoridade". (BUSTAMENTE, cit., p. 712).

³⁷¹ "O fundamento dessa teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de concluir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 12-13).

isso não acontece apenas em sede de jurisdição ordinária, ocorrendo, outrossim, em sede de jurisdição constitucional difusa.

Em contrapartida, sabe-se que o sistema jurídico do *civil law*, oriundo do direito romano-germânico, tem como uma de suas principais características a codificação do direito em lei; e que, em regra, o *common law* valoriza os costumes e a jurisprudência. Contudo, não se pode ter a codificação do direito como indicativo único da identificação dos dois sistemas jurídicos, uma vez que no *common law* também há importante produção legislativa, ao menos nos Estados Unidos³⁷². Se não fosse assim, não se cogitaria sobre inconstitucionalidade de leis, neste país.

Uma pista, com maior rigor científico, para se distinguir os dois grandes sistemas jurídicos é a importância que se dá à própria utilização das leis dentro das duas “famílias” do direito³⁷³. Assim, o fato de um ordenamento jurídico ser codificado ou não, por si só não é argumento para apontar qual dos dois sistemas foi adotado³⁷⁴.

Na mesma toada, a distinção entre o *civil law* e o *common law* igualmente não deve residir na força dos precedentes judiciais, simplesmente. Atualmente, há transformações, que sinalizam uma aproximação cada vez mais corrente entre os dois sistemas, o que é constatado pela observação de que há uma tendência de aplicação da doutrina do *stare decisis* por parte de Estados que, expressamente, filiaram-se ao sistema puro da *civil law*³⁷⁵.

Apesar da doutrina do *stare decisis* ser associada à família do *common law*, o respeito aos precedentes não é exclusividade desse sistema de direito, pois, a despeito da

³⁷² “For this and other reasons, the legal system founded in the United States is easier to understand for the lawyers from the world of the civil law system than the British system is to understand”. (ORRANTIA, cit., p. 1162).

³⁷³ Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

³⁷⁴ “No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 55-56).

³⁷⁵ “(...) a adoção de um sistema de controle judiciário de constitucionalidade também é um fator para a aproximação da *civil law* com a *common law*, ainda que ele não seja regido pelos conceitos tradicionais das cortes superiores criadas no direito romano-germânico, principalmente quando observado o efeito *erga omnes*, pois gera a vinculação das cortes superiores”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres. Editor, 1993, p. 126).

influência do *common law*, o direito legislado coexiste com o direito jurisprudencial também no ordenamento jurídico estadunidense. Em vista disso, o ordenamento jurídico norte-americano confirma a tese de que a produção legislativa não exclui a possibilidade de observância de um sistema de precedentes³⁷⁶.

Essas peculiaridades do direito estadunidense não só explicam por que os Estados Unidos são o berço da fiscalização judicial difusa da constitucionalidade (e de todo controle jurisdicional em tese), como ajudam a explicar a incorporação da doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro, notadamente no controle jurisdicional difuso da constitucionalidade, que, embora vigore há mais de um século no Brasil, por influência jurídico-cultural ianque (Constituição de 1891), só nas duas últimas décadas passou a adotar a sistemática de respeito aos precedentes judiciais, tendo juridicizado, com isso, ainda que a destempo, a doutrina do *stare decisis*³⁷⁷.

3.4. A possível opção do direito brasileiro pela adoção um sistema jurídico misto, que combina elementos do *civil law* e do *common law*

De profunda raiz legalista, no qual a lei figura no centro de todo o sistema jurídico, e ao Poder Judiciário competia o poder/dever de julgar as lides deduzidas em juízo, por meio de decisões, em regra, despidas de eficácia prospectiva, o direito brasileiro, em período anterior à adoção dos precedentes, era fortemente lastreado na legislação posta³⁷⁸.

³⁷⁶ “La primera, la Ley del Tribunal de Apelación de 1891, concedió por primera vez a la **Supreme Court** jurisdicción discrecional sobre una elevada proporción de casos. La segunda, la Ley Judicial de 1925, dispuso que la mayoría de los casos llegaram al Tribunal en forma de peticiones de revisión, que el Tribunal podía rechazar, em vez de en forma de apelaciones vinculantes. La consecuencia de todo ello sería una considerable ampliación de la capacidad de la **Supreme Court** para decidir la admisión a trámite”. (SEGADO, cit., p. 39).

³⁷⁷ “Essa diretriz para os casos futuros ilustra uma parte substantiva da responsabilidade que a ideia de Estado de Direito implica para os juízes que têm como tarefa estabelecer o conteúdo do direito quando ele é tido como incerto ou duvidoso. Na raiz dessa diretriz está uma atitude institucional de submissão ao direito e um dever de buscar encontrar o direito a partir da sua melhor leitura, considerada a prática social em que ele é gestado”. (BUSTAMENTE, cit., p. 738).

³⁷⁸ “A tradição romano-germânica, própria da Europa Continental, foi transmitida ao Brasil pela tradição jurídica lusitana. Nessa tradição, as decisões judiciais devem ser subordinadas à lei, a qual adquire primazia como fonte do direito. A tradição romano-germânica fundamenta-se por uma desconfiança social em face da figura do juiz, cujo papel era legado ao Estado, no âmbito do poder administrativo. Tal desconfiança tornou-se nítida com as revoluções burguesas no século XVIII, pois os juízes eram vistos como representantes do antigo regime absolutista. Desse modo, o Direito pós-revolucionário e exegético, baseado no constitucionalismo liberal, no princípio da legalidade e no da separação dos poderes. Esse Direito cuidou de limitar o poder, de maneira que os juízes deveriam simplesmente aplicar a lei sem

Com a adoção gradativa do sistema de precedentes, no qual os enunciados sumulares (vinculantes ou decorrentes de repercussão geral) se destacam sobremaneira, conclui-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, há um processo de aproximação entre os sistemas jurídicos do *civil law*, de matriz romano-germânica, e do *common law* (ou anglo-saxão)³⁷⁹: fenômeno este que já vem sendo observado há algum tempo, em outras ordens jurídicas³⁸⁰.

Em verdade, observa-se já não existir mais, no direito comparado, a adoção e aplicação pura de uma única família do direito, mormente quando se constata que o valor dado à jurisprudência nos países do *civil law* tem crescido, aproximando esses países do modelo seguido no *common law*, sem embargos de haver estudos que apontam a similitude dos dois grandes sistemas jurídicos, quanto ao método³⁸¹.

Contudo, sabe-se que esses dois grandes sistemas jurídicos ostentam diferenças estruturais significativas³⁸². Enquanto em um, a jurisprudência mostra-se como fonte

exercer quaisquer funções criativas. Para países como o Brasil, que seguem a tradição romano-germânica, a principal fonte formal do Direito é a lei em sentido lato, que se manifesta por leis em sentido estrito e códigos. Até o advento da súmula vinculante, a jurisprudência, que se sedimenta pela uniformização de decisões judiciais sobre determinado caso, não se constituía como fonte formal, pois a sua função não era a de estabelecer normas jurídicas, apenas a de interpretar a lei frente a casos concretos. (...) Por seu turno, a tradição anglo-saxônica é aquela cuja característica essencial é a força vinculante dos precedentes judiciais”. (RANGEL, Helano Márcio Vieira. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. **A súmula vinculante como norma jurídica e a sua (in) viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**, 2011, p. 44 – 45).

³⁷⁹ “Les droit appartenant aux deux familles ont, spécialement depuis quelques années, tendance à se rapprocher, et l’on peut d’ores et déjà, à certains points de vue, considérer ce rapprochement comme suffisant pour qu’il soit permis de parler d’un droit occidental réunissant l’une et autre”. (DAVID, **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**, cit., p. 27).

³⁸⁰ “Em segundo lugar, e decorrentemente, interroguemo-nos sobre se não poderá falar-se daquilo que já foi designado como uma *evolução de sentido inverso* dos sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*. Isto porque, ao mesmo tempo que se assiste no Continente à erupção de uma legislação judicial centrada no caso concreto, verifica-se – nos países de inspiração jurídica anglo-americana – uma progressiva distanciação do casuísmo tradicional e caminha-se neles em direcção a uma *legalização* do direito”. (PINTO BRONZE, cit., p. 173/174).

³⁸¹ “Considerações estas últimas que impõem desde já uma chamada de atenção para a estreita proximidade metodológica do direito inglês e do direito romano clássico – são ambos direitos jurisprudenciais, apesar do caráter doutrinal do último e judicial do primeiro. O que vários índices históricos se encarregam de confirmar expressamente. Assim, para se iniciar um processo era necessário obter um documento (fórmula; *writ*), dum determinado funcionário (pretor; chanceler); em ambos os sistemas se coligiam estes documentos em registros (*Edictum perpetuum*; *Register of writs*) e o seu número tendia a aumentar por pressão das circunstâncias (*actiones utiles*; *writs “in consimilicasu”*), em Inglaterra – como em Roma – pensava-se mais nos tipos de acção e nos factos concretos do que na elaboração de um acabado sistema racional de direito substantivo que, nas palavras de MAINE, só haveria de aparecer mais tarde, ‘segregado pelos próprios interstícios do direito processual’”. (**Idem**, p. 135).

³⁸² “Concretizando, a questão pode apresentar-se como segue: aqueles *elementos determinantes* que dissemos constituírem as linhas de força dos grandes sistemas jurídicos e os sinais qualitativos de

preponderante do direito e, por conta da doutrina do *stare decisis*, os precedentes alcançam as decisões judiciais em casos futuros, e vinculam juízos de instâncias inferiores; em outro, é a lei que se revela como a fonte a regular as relações entre os membros da sociedade politicamente organizada.

A tarefa de determinar o nível de convergência entre os dois grandes sistemas jurídicos não é simples; porém, não é difícil identificar que a mais importante expressão do sincretismo entre as duas “famílias do direito” diz respeito à força conferida à vinculação aos precedentes, que é base angular do *common law* e que, em certa medida, foi incorporada ao direito brasileiro³⁸³.

A experiência jurídica brasileira dá sinais de que o Brasil não é mais um país que adota o sistema jurídico codificado, em sua pureza. Nesse sentido, considerando que o direito está em permanente progresso, o direito legislado não teria se mostrado suficientemente eficaz para esse mister, razão pela a qual a adoção do sistema de respeito aos precedentes judiciais vem erigir a jurisprudência à condição de fonte primária do direito, aliada à legislação positiva, de forma responder às mudanças inerentes às demandas sociais.

Não se pode negar, outrossim, que o direito é reflexo do momento histórico no qual está inserido, pelo que, gradativamente, vai sendo construído e modificado, na medida em que mudam as relações sócias. Nesse contexto, com o despontar do que a doutrina denomina neoconstitucionalismo³⁸⁴, emergiu, de forma mais premente, a

distinção de cada um deles face aos demais, só podem ser fixados quando se alcança um grau de compreensão susceptível de proporcionar a inteligência (*in globo*) do todo sem menoscabo do papel desempenhado na sua arquitetura pelas partes componentes, isto é, com a consciência clara de que o conjunto das parcelas não atomisticamente visualizadas antes complementarmente entendidas como princípios constitutivos é que nos revela o retrato fiel e de corpo inteiro das diferentes famílias de direito, contanto que o trabalho comparativo a desenvolver a partir desta base (na sua aparência) descritiva seja conduzido com respeito por parâmetros metódicos de solvabilidade inequívoca, sem o que perigaria a solidez dos resultados (ANGEL, Marc. **Les grandes étapes de la recherche comparative au XX^{ème} siècle**, agora *in* *Rechtsvergleichung*, antologia organizada por Zweigert e Kötz, 1978, p. 359) ”.

³⁸³ “A dicotomia entre as famílias civil law/common law hoje não é tão nítida e radical como o foi outrora, sendo visível uma gradativa e constante aproximação entre aqueles regimes: o Direito legislado vai num crescendo, nos países tradicionalmente ligados à regra do precedente judicial e, em sentido inverso, é a jurisprudência que vai ganhando espaço nos países onde o primado recai na norma legal”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 183).

³⁸⁴ “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o

necessidade de ampliar a aplicabilidade dos direitos inerentes ao homem, independentemente de o direito estar positivado ou não, na legislação infraconstitucional, tendo em vista que o fim precípua da Constituição de 1988 não é conferir eficácia ao texto de uma norma, simplesmente, mas sim potencializar e efetivar direitos e garantias fundamentais, em razão do princípio da máxima efetividade desses direitos.

No mesmo sentido, supor que os juízes só estão submetidos à lei *stricto sensu* é desconhecer as profundas alterações oriundas da consolidação de uma jurisdição constitucional, alinhada à ideia de ressignificação do Estado democrático de direito, no qual a lei, a qual se deve obediência, deve ser uma lei consoante à Constituição. Daí por que, vincular as demais instâncias da Justiça ao que o STF decidiu, não só traria mais segurança jurídica, como afirmaria a força normativa da Constituição.

Com efeito, tomando como base o texto constitucional brasileiro, tem-se que a existência de divergência atual sobre matéria constitucional entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre esses e a Administração Pública, faz nascer litígios judiciais, a partir dos quais podem surgir entendimentos diversos sobre uma mesma questão, ensejando um clima de instabilidade ou de insegurança jurídica.

É por essa perspectiva que se tenta justificar a vinculação ao pensamento sumulado do Supremo Tribunal Federal, de sorte que não mais é acertado afirmar que a ordem jurídica brasileira adota o sistema da *civil law*, na sua forma pura³⁸⁵, tendo em vista que o direito brasileiro traz consigo, atualmente, traços marcantes do *common law*³⁸⁶.

reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional". (BARROSO, **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito constitucional**, cit., p. 143).

³⁸⁵ "Olhemos, porém, esta realidade mais de perto – ainda que apenas com o objetivo atrás assimilado. Para o que é mister apresentar algumas conclusões de uma muito rápida aproximação do direito inglês e do direito romano – análise com que visaremos igualmente a clarificação, se bem que por via negativa (digamos), do sentido da expressão (nos termos em que tradicionalmente se viu consagrada) "sistema romano-germânicos". (PINTO BRONZE, cit., p. 135/136).

³⁸⁶ Assemelha-se, em verdade, aos assentos portugueses e as normas editadas pelos tribunais superiores da ex-União Soviética. Nesse sentido, Castanheira Neves: "Encontram inclusivamente algum paralelo em institutos contemporâneos de outros sistemas jurídicos: assim o sistema jurídico soviético concede ao Supremo Tribunal da URSS e aos Supremos Tribunais das suas Repúblicas o poder de emitir 'directivas' ou 'princípios directores', isto é, instruções de carácter genérico, vinculantes para as jurisdições subordinadas, relativamente ao modo como estas deverão decidir concretamente, já determinado a norma jurídica que há de ser aplicada em certos casos, já esclarecendo duvidosas questões interpretativas e fixando o sentido da lei, já mesmo prescrevendo o modo como especiais pontos de facto deverão ser apreciados". (CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos "assentos" e função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 6/7).

Não se perca de vista, contudo, que a obediência obrigatória ao direito sumulado está muito longe de significar uma ruptura com o positivismo jurídico, como alguns, de forma apressada, supõem³⁸⁷; ao contrário disso, com a submissão dos juízos inferiores ao que foi sumulado pelos tribunais superiores e pelo STF, no Brasil, o positivismo jurídico restou fortalecido; pois, se antes, devido à vagueza do direito legislado, tinha-se uma margem maior para interpretação das leis, pelos diversos órgãos do Poder Judiciário; hoje, essa liberdade interpretativa inexistente na aplicação das súmulas do STF e dos tribunais superiores. Em outras palavras, se julgar conforme à lei significa ser positivista, com maior razão, se é positivista ao se julgar de acordo com as súmulas³⁸⁸.

Ainda quanto ao sincretismo entre os dois sistemas jurídicos, ocorrido no Brasil, importa delinear as diferenças entre a disciplina jurídica do regime sumular vinculante e o tratamento jurídico dado ao recurso extraordinário, após o advento da cláusula de repercussão geral.

A súmula vinculante pode ser editada, a partir de vários julgados, prolatados pelo STF, em sede de jurisdição constitucional difusa: não havendo a ideia de julgamento de um caso concreto, que se assemelhe ao instituto do *case law*³⁸⁹. O *judge made law*, por seu turno, não se forma a partir de um precedente judicial, a se projetar para o futuro: o que há é que o STF tem o poder/dever de editar norma, genérica, abstrata e com eficácia e que se projeta no tempo, a pretexto de consolidar seu entendimento sobre determinada matéria³⁹⁰.

³⁸⁷ “No entanto, a ideia de que o veredicto judicial decorreria, inequivocamente, da norma codificada, foi, entretanto, superada. Ela deu lugar ao reconhecimento de que o juiz cria direito. Porém, com isto, as questões da função da codificação na acção do juiz não estão resolvidas; pelo contrário, elas colocam-se agora de uma forma nova e mais complicada. É justamente aquele que não concebe a tarefa do juiz como absoluta subjugação deste à lei, quem tem de perguntar-se acerca do significado que o direito codificado (ainda) tem no processo de decisão judicial”. (HASSEMER, Winfried. **Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei**. In: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 283).

³⁸⁸ “No fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula; a diferença é que, por incrível que pareça, as súmulas vinculantes os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as súmulas vinculantes”. (STRECK, **Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis**, in: **Revista de Direito Constitucional e Internacional/ Vol. 58/2007/ p. 129-173/ Necessitamos de uma “teoria para elaboração de precedentes”?** P. 132).

³⁸⁹ “La règle de droit de la common law, moins abstraite que la règle de droit de la famille romano-germanique, est une règle qui vise à donner la solution à un process, non à formuler une règle générale de conduite pour l’avenir”. (DAVID, **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**, cit., p. 26).

³⁹⁰ “A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, infligindo área de competência do legislador (art. 5.º, II, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Este último fator demonstra a incompatibilidade genética

E mais, não há falar em doutrina do *stare decisis* no direito sumular vinculante, porque a súmula vinculante não se forma partir de um julgado do STF, cujo fundamento se incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo a se impor como um precedente judicial consolidado, a ser obrigatoriamente seguido nos julgamentos dos casos futuros, pelos órgãos de jurisdição ordinária do Poder Judiciário brasileiro.

Nesse passo, a súmula vinculante assemelha-se muito mais ao instituto dos assentos do direito português³⁹¹, que já vigorou no Brasil, do que a qualquer postulado jurídico inerente ao *common law*³⁹².

Quanto ao recurso extraordinário, com repercussão geral, tem-se que, aqui sim, se pode cogitar de ter havido um sincretismo entre os dois grandes sistemas jurídicos da contemporaneidade, uma vez que o Brasil, embora pertença à família do *civil law*, incorporou postulados próprios da família do *common law*; já que o requisito da transcendência (para a aferição da repercussão geral) não só constitui condição de procedibilidade para a interposição do recurso extraordinário, como também tem o condão de fazer transcenderem as decisões finais, prolatadas pelo STF, em sede do recurso em comento³⁹³.

entre a regra do precedente e o sistema romano-germânico, visto que sempre a súmula ou decisão revestida de efeito vinculante será dotada de generalidade e abstração própria da lei". (STRECK, **Súmulas vinculantes em *Terrae Brasilis***, cit., p. 133).

³⁹¹ "Sobre o instituto dos assentos, escreve Castanheira Neves: "É original na possibilidade que confere 1) a um *órgão judicial* (a um *tribunal*) de prescrever 2) *critérios jurídicos universalmente vinculantes*, mediante o enunciado de 3) *normas* (no sentido estrito de *normas gerais* ou de 'preceitos gerais e abstractos'), que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de 5) de estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura. Originalidade que consiste, portanto, em serem chamados, alguns dos nossos tribunais, mediante aquele instituto, à proclamação de critérios jurídicos, que tanto formalmente, como intencionalmente e ainda temporalmente (ou na sua dimensão de tempo) se nos oferecem com as características de prescrições legislativas". (CASTANHEIRA NEVES, cit, p. 2-4).

³⁹² "Desejamos marcar uma atitude clara acerca da natureza do assento. Para a tese, que sustentamos, vem a ser este, na realidade, um ponto que não pode ser tocado ao de leve. Se disséssemos que o assento não tem natureza jurisdicional (que a sua natureza é, pelo contrário, legislativa) estaríamos condenados a arreda-lo do nosso estudo da garantia, para não cairmos numa dupla contradição. Antes demais, atribuir poderes legislativos a um órgão (o Supremo Tribunal de Justiça) que não os recebe da Constituição (só os recebem a Assembleia Nacional, por força do art. 91º, nº 1, e o Governo, por força do art. 109º, nº 2) seria inconstitucional. Depois, seria ainda inconstitucional um acto jurídico-público de garantia, que viria reduzir aquela plenitude que, dividida ou não, o art 123º cria para os actos de garantia pedidos a todos os tribunais judiciais". (MIRANDA, **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**, cit., p. 196/197).

³⁹³ "Só que, nos nossos dias, as coisas se não apresentam já nestes termos de total oposição, com o direito romano clássico e o *Common Law* numa trincheira, e o *Civil Law* noutra. E é este facto – digamo-lo de novo nesta ocasião – que nos importa sublinhar e compreender, para o que é indispensável ter presentes as pesadas e variadas cauções a que o pensamento jurídico da Europa continental tem vindo a submeter, no último século, o racionalismo sistemático oficializado pelas grandes codificações, por um lado, e, por

Nesta hipótese, tem-se um *case law* mesmo, que se edifica a partir do julgado de um caso concreto, um *leading case* levado ao STF, pela via do recurso extraordinário; e que servirá de precedente judicial, a ser observado, quando do julgamento de casos futuros. Na medida em que a *ratio decidendi* do *leading case* vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, se constata a adoção da doutrina do *stare decisis* na jurisdição constitucional difusa brasileira, ainda que isso tenha se dado a destempo; posto que os demais órgãos de jurisdição ordinária (e de jurisdição constitucional difusa) do Brasil devem obediência ao julgado prolatado no recurso extraordinário, pelo STF³⁹⁴.

Em arremate, aprioristicamente, é possível entender que se está diante de um direito feito pelos juízes, paralelo ao direito produzido pelos Parlamentos da República do Brasil: isso seria uma espécie de *judge made law* do direito brasileiro, sem que se prescindia com isso do direito legislado³⁹⁵.

3.5. A fiscalização difusa da constitucionalidade no Brasil, sob o influxo do sistema de precedentes (próprio da família da *common law*)

Foi na Constituição de 1891, a primeira das constituições brasileiras republicanas, que se instituiu o controle jurisdicional difuso da constitucionalidade no Brasil. Com forte influência do direito público norte-americano, a Constituição de 1891 instituiu a presidência da República, o mandato presidencial de quatro anos, o federalismo (convertendo as antigas províncias do Estado imperial unitário brasileiro em estados-

outro, as alterações entretanto também operadas na caracterologia tradicional do direito inglês – onde, justamente, se divisa uma tendência nítida para pôr cobro às reminiscências mais gritantes de um formalismo [...] requerido como escudo de proteção contra a insegurança proporcionada por um casuismo que operasse sem correctivos”. (PINTO BRONZE, cit., p. 143).

³⁹⁴ Em sentido contrário ao texto, cf.: Glauco Salomão Leite: “As súmulas não devem ser vistas como uma espécie de transposição equivocada do instituto *stare decisis* para o Direito brasileiro, sendo mais correto afirmar que ele serviu, no máximo, de inspiração para o instituto brasileiro. Sendo assim, é preciso identificar a súmula vinculante como um elemento adicional a fazer parte do nosso sistema de jurisdição constitucional misto, que agrega componentes do modelo difuso e do concentrado, em cujo âmbito, reiterar-se, as decisões já se revestem de efeito vinculante”. (LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15-16).

³⁹⁵ “Así la experiencia de Latinoamérica se diferencia de las democracias parlamentarias europeas que exhiben un poder preponderante del legislativo. También difiere con respecto a la experiencia angloamericana ya que no se percibe al Poder Judicial como un actor decisivo en el juego de los poderes del Estado, que pueda efectuar un balance entre los distintos factores; al desempeñar un papel protogónico en el equilibrio entre las funciones estatales”. (ORTEIZA, cit., p. 6).

membros), o bicameralismo (em moldes muito similares a dos Estados Unidos), e a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade das leis³⁹⁶.

Apesar disso, o Brasil continuou a seguir a tradição jurídica portuguesa, uma vez que optou por compilar suas normas jurídicas em códigos, produzidos pelos parlamentos da federação brasileira, num aceno inequívoco ao sistema jurídico do *civil law*, segundo o qual a lei posta é a principal fonte de direito, e a jurisprudência tem um papel secundário (e mesmo apendicitário), com indisfarçável caráter unicamente persuasivo³⁹⁷.

Nesse cenário, a incorporação da fiscalização constitucional difusa pelo Brasil, embora tenha atribuído à autoridade judiciária o poder-dever de não aplicar a lei em um processo judicial concreto, caso a lei fosse incompatível com a Constituição (juridicizando o princípio da supremacia constitucional), não implicou (à época) na adoção pelo direito brasileiro da doutrina do *stare decisis*, razão por que até mesmo se o STF houvesse declarado inconstitucional uma lei, tal lei permanecia válida, vigente e eficaz, até que o Parlamento a revogasse.

É dizer, a *judicial review* no Brasil limitava-se ao processo concreto, posto que as declarações incidentais de inconstitucionalidade tinham eficácia *omne omne*, com o que o direito brasileiro permaneceu fiel aos postulados do *civil law*, que tem a lei como fonte principal do direito, e que dá à doutrina tripartição dos poderes (em sua concepção ortodoxa), uma força normativa capaz de dirimir o poder-dever de legislador negativo do Poder Judiciário (até mesmo do STF).

Com isso, em que pese o Brasil tivesse adotado o princípio da supremacia constitucional, seu mecanismo de controle judicial repressivo da constitucionalidade não permitia que se invocasse a Constituição contra uma norma legal produzida pelo Congresso Nacional, para além dos limites do processo concreto, em uma época a qual

³⁹⁶ “O advento da República, conquanto não tenha resultdo ampla mobilização popular e não tenha contado com articulação ideológica mais consistente, decorrendo, antes, do paulatino desgaste da forma de governo imperial, trouxe importantes alterações no plano institucional, vindo a significar a aproximação de nosso constitucionalismo da família estadunidense. Nesse aspecto destacou-se invulgar de Ruy Barbosa, conhecedor como poucos, da obra dos mais eminentes comentadores da Constituição norte-americana de 1787 e, ao que se sabe, ele próprio, o principal redator da Carta de 24 de fevereiro de 1891” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183/184).

³⁹⁷ “... jamais tivemos uma cultura que valorizasse os precedentes”. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 87).

inexistia fiscalização abstrata da constitucionalidade. Desta feita, a invalidez de uma norma legal implicava tão somente na sua não incidência no deslinde de um caso concreto.

A partir da Constituição de 1934, o Senado da República passou a gozar da prerrogativa de retirar a eficácia da norma declarada inconstitucional, em última instância (pelo STF). Foi uma espécie de adoção da doutrina do *stare decisis*, decorrente de ato da Câmara Alta do Parlamento brasileiro, à semelhança do que se fazia na *House of Lords* dos britânicos. Era um arranjo esquisito, que combinava elementos do *common law* do Reino Unido, com postulados do *common law* dos Estados Unidos.

Antes da entrada em vigor da atual Constituição (de 1988), o constituinte reformador brasileiro instituiu a ação direta de inconstitucionalidade, incorporando ao direito brasileiro a fiscalização judicial abstrata da constitucionalidade (própria dos Estados do *civil law*), a exemplo da maioria dos Estados da Europa ocidental continental.

Desde então, os dois métodos de controle jurisdicional da constitucionalidade coexistem no intrincado sistema brasileiro de defesa da Constituição. Tanto que, apesar do robustecimento do controle abstrato/concentrado na Constituição de 1988, o controle difuso continuou vigendo (Art. 103, III).

Há autores que apontam o advento da ação declaratória de constitucionalidade, como um marco na adoção do sistema de precedentes no direito brasileiro, por causa da expressa previsão constitucional de efeito vinculante das decisões prolatadas nos autos desta ação, criada em 1993³⁹⁸.

Contudo, é intuitivo que a ação direta de inconstitucionalidade, em uma interpretação sistemática da sua utilização, já tinha efeito vinculante, antes mesmo do surgimento da ação declaratória de constitucionalidade³⁹⁹; seja porque a procedência do pedido formulado naquela ação implicava no expurgo da norma primária infraconstitucional (objeto do pedido) do ordenamento jurídico, porquanto esta norma seria inconstitucional; seja porque a improcedência do pedido formulado na ação direta

³⁹⁸ Cf.: NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

³⁹⁹ “O efeito vinculante, este sim, é característico e exclusivo do controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro, nos termos em que propomos a sua sistematização”. (ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126).

implicava na afirmação da constitucionalidade da norma primária infraconstitucional (objeto do pedido), com eficácia *erga omnes* e efeito transcendente; daí por que julgados contrários ao entendimento do STF, em ambas as hipóteses, desafiavam o ajuizamento de reclamação constitucional, desde o advento da Constituição de 1988 (Art. 102, inciso II, alínea I), em seu texto original⁴⁰⁰.

Com efeito, foi nas duas últimas décadas que uma série de reformas legais e constitucionais apontaram no sentido de se fortalecer o respeito aos precedentes judiciais no Brasil. As reformas legais começaram na vigência do código de processo civil revogado, e se aperfeiçoaram no Código de 2015. As reformas constitucionais mais relevantes se deram na Emenda n. 45, conhecida como Reforma do Judiciário, com a instituição das súmulas vinculantes e da cláusula de repercussão geral, como condição para interposição de recurso extraordinário, perante o STF.

É prematuro afirmar que o Brasil goza de um regime jurídico híbrido (similar ao bijurismo), que combina elementos do *civil law* e do *common law*⁴⁰¹. Contudo, é emblemática a força que se deu aos precedentes judiciais na ordem jurídica brasileira, ou seja, ao direito sumular no direito brasileiro⁴⁰². Porém, há que se registrar que a adoção do respeito aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro se deu por meio de normas legais e constitucionais, o que confirma que o Brasil ainda adota o sistema jurídico do *civil law*⁴⁰³.

⁴⁰⁰ “O efeito vinculante que agrega qualidade especial aos pronunciamentos definitivos de mérito (coisa julgada material), proferido no processo concentrado de controle de constitucionalidade, que confere aos jurisdicionados a utilização da reclamação (CF/1988, art. 102, I, I) para garantir e assegurar o cumprimento e o respeito da decisão proferida pelo STF”. (Idem, p.127).

⁴⁰¹ “Comenzó entonces la lucha por imponer el Derecho y las costumbres británicas en una región (Quebec) con fuertes raíces francesas. En 1763 se dictó una ‘Royal Proclamation’ para establecer la vigencia del derecho inglés, pero al cabo de diez años de conflicto permanente fue sancionada, el 22 de junio de 1774, la ‘Quebec Act’ por medio de la cual: (...); d) se reinstaló la vigencia del derecho civil francés, esto es, la llamada ‘Constumbre de Paris’; e) se mantuvo la vigencia del derecho criminal inglés; (...)”. (BIANCHI, cit., p. 223-225).

⁴⁰² “E o problema se torna mais grave em face da ausência de percepção da mixagem, circulação de modelos jurídicos ou ‘bijuralismo’ (como chamado no Canadá) entre sistemas (ou sua percepção equivocada) que tipicamente eram de *civil law* ou de *common law*”. (THEODRO Jr. e outros, **Breves considerações sobre a politização do Judiciário**, cit., p. 21).

⁴⁰³ “Já no direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação deste instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais”. (OLIVEIRA, Ana Carolina. **Diferença e semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law***. Porto Alegre: RDU, vl. 12, n. 64, 109).

4. Apontamentos sobre uma teoria da inconstitucionalidade das normas

Inconstitucionalidade é a invalidez da norma, que tem a constituição como seu fundamento de validade imediato. Essa assertiva encerraria todo o debate acerca do tema, mas é imprescindível esmiúça-la. Daí a necessidade de se discorrer sobre uma teoria da inconstitucionalidade, que se ocupe de definir invalidez constitucional, a partir da incompatibilidade vertical entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional⁴⁰⁴, razão pela qual é indispensável desenvolver o conceito de parametricidade, que se dedique a estudar as formas comissivas e omissivas de inconstitucionalidade, sem prejuízo da análise da incompatibilidade semântica entre as duas categorias normativas sob a ótica do direito intertemporal.

Antes disso, porém, é importante conceituar invalidez, vigência e eficácia⁴⁰⁵. Invalidez guarda relação com a incompatibilidade vertical entre a norma inferior e a norma superior, que é fundamento de validade imediato da norma inferior. Vigência tem a ver com a medida de tempo, que vai desde o ingresso da norma jurídica válida (ou não) no ordenamento jurídico até a sua revogação; é o período em que, via de regra, a norma produz efeito (há hipóteses nas quais as normas mesmo inválidas ou não mais vigentes produzem efeito). E eficácia é a capacidade da norma, válida (ou inválida) e vigente (ou não), de produzir efeitos jurídicos.

Norma infraconstitucional primária é aquela que encontra no texto constitucional o fundamento imediato de sua validade. Nesse sentido, a constitucionalidade da norma infraconstitucional primária significa a validade desta norma, aferida através da compatibilidade da norma infra com texto constitucional posto. Isso porque outras normas podem ser válidas, e essa validade não ser aferida na constituição, como ocorre com a compatibilidade (ou não) entre um decreto-regulamento e a lei, que aquele regulamenta⁴⁰⁶. Esta (in) validade é questão de legalidade, situação na qual se afere a

⁴⁰⁴ “O Direito Constitucional corresponde a primazia relativa a todo o Direito interno. Essa primazia é pressuposto da função constitucional como ordemo fundamental da comunidade. Daí que o Direito Constitucional não possa ser derogado nem reformado por leis ordinárias; nenhuma disposição do ordenamento jurídico e nem ato estatal algum pode contradizê-lo; todos os poderes públicos, inclusive o Legislativo, acham-se vinculados pela Constituição”. (HESSE, Konrad. **Constituição e Direito Constitucional**. Trad; Carlos dos Santos Almeida. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**, 2009, p. 9).

⁴⁰⁵ “Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contraria a Constituição, por vício formal ou material, não é uma *inexiste*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão que ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. [...]. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos*, ‘ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados, nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”. (BARROSO, **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, cit., p. 81).

⁴⁰⁶ Em sentido contrário, Kelsen, para quem qualquer incongruência com a Constituição é inconstitucionalidade: “A Constituição Austríaca de 1020-30 estabeleceu garantias para assegurar a constitucionalidade não apenas de leis, mas também de decretos. Estas eram normas gerais promulgadas

compatibilidade, ou não, entre normas infraconstitucionais, secundária e primária, já que esta dá condição de validade àquela⁴⁰⁷.

No que tange à vigência, uma norma vige: desde quando ingressa no ordenamento jurídico, até o momento em que é revogada ou é declarada inválida – caso a declaração de invalidade não tenha o efeito de determinar somente sua inaplicabilidade, e tenha como consequência o expurgo da norma inválida da ordem jurídica. Depende do que dispuser o ordenamento jurídico objetivo acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Eficácia é o potencial que a norma válida tem de produzir efeitos. Embora, a norma declarada inválida também possa produzir efeitos, desde que tenha seus efeitos convalidados, haja vista que antes de sua invalidez ser declarada, a norma inválida era presumidamente válida. É que a norma pode ser declarada inválida sem pronúncia de nulidade, ocasião em que apesar de ser inválida terá seus efeitos convalidados, por força da modulação dos efeitos da decisão de invalidez.

Uma norma pode ter sido declarada inválida, mas continuar ativa (produzindo efeitos), se o Tribunal Constitucional houver modulado os efeitos da decisão, quando da declaração de invalidade da norma: seja para dar à norma declarada inconstitucional interpretação conforme à Constituição, ocasião em que se declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sem redução de texto; seja porque se declarou a constitucionalidade de norma em trânsito para inconstitucionalidade, reconhecendo-se a inconstitucionalidade prospectiva (ou apelo ao legislador)⁴⁰⁸.

Quanto à relação entre vigência e eficácia normativa, tem-se que a norma vigente, em regra, produz efeitos, por ser uma norma vigente e ativa (eficaz). Caso seja revogada, a norma ainda poderá produzir efeitos, com fundamento na segurança jurídica, nas hipóteses de direito adquirido, ato jurídico perfeito, e coisa julgada; ou com escopo na

por órgãos administrativos, e não por um parlamento, ou seja, um órgão legislativo”. (KELSEN. **Jurisdição Constitucional**, cit., p. 301)

⁴⁰⁷ No direito português, considera-se a inconstitucionalidade atos infralegais também, Cf.: Jorge Miranda: “Convencidos como estamos de que a inconstitucionalidade é uma relação entre uma norma ou um acto e uma norma constitucional determinada...” (MIRANDA, **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**, cit., p. 246).

⁴⁰⁸ “Las normas iusfundamentales que, como las de la Ley Fundamental, vinculan al legislador, estalbecen lo que debe y lo que non puede decidir el legislador legitimado democráticamente. Desde su perspectiva, finjan prohibiciones e mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas de competencia que limitan su competencia. (...). La necesaria colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales implica que el problema de la distribución de competencias entre el legislador parlamentario legitimado democrática y directamente como así también responsable – en el sentido de la destituibilidad electoral – y el Tribunal Constitucional sólo indirectamente legitimado democráticamente y no destituable electoralmente es un problema insoslabile y permanente. Ely ha llamado correctamente a sus solución una ‘trikytask’. (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales, El Derecho y la Justicia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997, p. 432).

proteção constitucional da liberdade, pelo que a lei penal mais benéfica ultra-age – como consequência necessária da irretroatividade da lei penal mais maléfica⁴⁰⁹.

De igual modo, a norma pode ter efeitos retroativos ao tempo em que não vigia, com fulcro no princípio da isonomia – como na hipótese da igualdade de tratamento entre cônjuges, que alcance situações pretéritas à entrada em vigor de uma constituição, que preveja, de forma inovadora, a igualdade entre os gêneros; de maneira que não se crie a repugnante situação jurídica de cônjuges com tratamento igual, e cônjuges com tratamento desigual, por força do direito intertemporal. E a norma pode retroagir também, com base no regime constitucional de liberdades públicas, como ocorre na retroatividade da lei penal mais benéfica⁴¹⁰.

A norma jurídica também pode viger e não produzir efeitos. É o que ocorre com as normas constitucionais de eficácia limitada, ou com leis, que dependam de decretos-regulamentos para produção de seus efeitos. Ainda que essas normas vinculem o legislador (no caso das normas constitucionais), gerem obrigação para a autoridade que deve produzir a norma regulamentadora (no caso das leis), e criem situações subjetivas, tais normas não são capazes de produzir efeitos concretos, embora vigentes⁴¹¹.

Então, uma norma pode viger e não produzir efeitos, seja porque lhe falta uma norma integrativa, seja porque a norma, que está incidindo na situação fática, é uma norma revogada; e pode não mais viger e produzir efeitos, seja porque retroage para alcançar situações anteriores a sua vigência, seja porque ultra-age para incidir sobre fatos ocorridos quando a norma em comento não mais viger.

⁴⁰⁹ "Com efeito, é certo que o princípio da não retroactividade da lei penal é mais do que apenas um princípio relacionado com a aplicação da lei penal no tempo, representando uma 'refracção do próprio princípio da legalidade e o complemento lógico do princípio da reserva de lei', mas trata-se, aqui, essencialmente de fazer uma 'análise jurisprudencial' e este princípio não tem suscitado na jurisprudência, pelo menos no que concerne à garantia da irretroactividade da lei penal de conteúdo desfavorável (e diversamente do que sucede no que respeita à aplicação retroactiva da lei penal de conteúdo mais favorável do arguido), questões constitucionalmente controvertas". (CORTÊS, António. **O controlo constitucional do princípio da tipicidade penal – uma análise jurisprudencial**. In: **Tribunal Constitucional, 35º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 85/86).

⁴¹⁰ "A Declaração Americana dos Direitos Homem, ou Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 9º, terceira parte, assim determina: 'se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado'. Traz, portanto, expressamente o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. O princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica também vem expresso no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966. Seu art. 15, parágrafo 1º, possui a seguinte redação: 'se depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delincente deverá dela beneficiar-se'". (CALLEGARI, André Luís. **Comentário ao art.5º, inciso II**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paul: Saraiva/Almedina, 2013, p.388).

⁴¹¹ "[...] enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aso valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois". (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 83).

Validade – que, para teoria da inconstitucionalidade, implica em constitucionalidade –, vigência e eficácia se imbricam mutuamente, mas têm significados distintos, mesmo que sejam institutos jurídicos, que se agregam às normas, posto que são imprescindíveis para que se determine incidência normativa no mundo do ser.

Assim, uma norma pode ser válida e não mais vigor; pode ser válida e não ser eficaz; pode ser inválida e ter vigido e ter produzido efeitos, caso se declare sua invalidade sem pronúncia de nulidade e sem redução de texto. E mais, uma norma pode vigor e não produzir efeitos, e pode não mais vigor e produzir efeitos, e até incidir sobre fatos acontecidos ao tempo em que ela não (mais) vigia.

4.1. Hígidez constitucional das normas infraconstitucionais: espécies de inconstitucionalidade

A norma infraconstitucional primária, que é aquela que tem como fundamento de validade imediato a própria constituição, deve ser materialmente e formalmente constitucional, para que seja hígida, dentro da concepção piramidal de escalonamento normativo de uma ordem jurídica, quanto à validade das normas jurídicas⁴¹²⁴¹³.

Além disso, a produção da norma integrativa, reclamada pela constituição, para que se possa dar efeito a uma norma constitucional de eficácia limitada, é dever do legislador, sob pena dele (legislador) incorrer em omissão inconstitucional, ao não produzir a norma infraconstitucional integrativa⁴¹⁴.

Dá-se inconstitucionalidade material, se houver incompatibilidade entre o conteúdo semântico de uma norma constitucional (paradigmática) e o conteúdo semântico

⁴¹² “*Uma ley puede ser inconstitucional bien por una irregularidad procedimental o por su contenido contrario a los principios o directivas formulados in la Constitución*”. (KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución**. Madrid: Edit. Tecnos, 1995, p. 116).

⁴¹³ “Fala-se em Estado constitucional, o que expressivamente aponta para a Constituição como o alicerce e a cúpula. Com clareza também se denomina Estado de Direito (embora devamos evitar fáceis sentidos literais), pois que todo o Estado, para lá da forma, se enche de uma valoração, fica todo sujeito ao Direito, aumenta-se o âmbito de acção do Direito: é este, por assim dizer, o Estado limitado por excelência. Ainda merece designar-se Estado de Direito, pois que invoca um direito material superior: o Direito natural que, para o constitucionalismo surge como o Direito concretizado, positivado nas normas da Constituição. (MIRANDA, **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**, cit., p. 35).

⁴¹⁴ “Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos económicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se torna garantias à democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais”. (DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, cit, p. 180).

de uma norma infraconstitucional primária, que tenha como fundamento de validade imediato a constituição⁴¹⁵.

Mas também é possível haver inconstitucionalidade material, se houver incompatibilidade entre uma norma constitucional, que ingressou no ordenamento jurídico por meio de reforma constitucional, e uma norma constitucional, posta na constituição pelo Poder constituinte originário, desde que esta última norma seja gravada com cláusula de imutabilidade⁴¹⁶.

Neste caso, estaríamos diante de uma rara hipótese de incompatibilidade horizontal entre normas, a fugir da ideia de escalonamento normativo piramidal vertical, uma vez que não há hierarquia normativa dentro do texto constitucional⁴¹⁷.

É possível que a inconstitucionalidade de uma norma constitucional, que ingressou no ordenamento jurídico por via de emenda constitucional, seja formal⁴¹⁸. Já que a produção de emenda constitucional deve obedecer às regras impostas pelo constituinte originário, sejam elas atinentes ao procedimento na produção da emenda constitucional (constitucionalidade formal objetiva), sejam atinentes aos atores políticos que participam da produção da emenda (constitucionalidade formal subjetiva).

A inconstitucionalidade formal haverá quando houver um vício na produção da norma infraconstitucional, que tem a constituição como fundamento de validade imediato⁴¹⁹. Esse vício pode ser objetivo ou subjetivo. Será objetivo o vício de

⁴¹⁵ “A inconstitucionalidade material ocorre, portanto, quando o conteúdo da lei contraria a Constituição. O processo legislativo (procedimento constitucionalmente exigido para elaboração da lei) pode ter sido fielmente obedecido, mas a matéria tratada é incompatível com a Carta Política”. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**, São Paulo: Editora Método, 9. ed., p. 9).

⁴¹⁶ “Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Mendes aponta que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição”. (MORAES. **Direito Constitucional**, p. 545/546).

⁴¹⁷ “É admissível a aferição de constitucionalidade do chamado direito constitucional secundário, uma vez que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II e III e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, como também as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º)”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1.067).

⁴¹⁸ “Também entre nós é admissível a aferição de constitucionalidade do chamado **direito constitucional secundário**, uma vez que segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II e III, e parágrafos 1º, 2º e 3º, da CF, como também as **cláusulas pétreas** (art. 60, parágrafo 4º)”. (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao art. 102, I, a**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 1354).

⁴¹⁹ “A inconstitucionalidade formal ocorre quando há um desrespeito à Constituição no tocante ao processo de elaboração da norma, podendo alcançar tanto o requisito competência quanto o procedimento legislativo em si. O conteúdo da norma pode ser plenamente compatível com a Carta Magna, mas alguma formalidade exigida pela Constituição, no tocante ao trâmite legislativo ou as regras de competência foi desobedecida”. (PAULO e ALEXANDRINO, cit., p. 9).

constitucionalidade, se houver um erro no procedimento que disciplina a produção da norma infraconstitucional. E será subjetivo o vício de constitucionalidade, caso o erro se dê na propositura do projeto de lei, ou na inobservância de alguma norma atinente aos agentes políticos que participam da produção normativa infraconstitucional.

A omissão inconstitucional ocorre quando o legislador deixa de produzir norma infraconstitucional primária, de natureza integrativa, que tem o escopo de atribuir densidade normativa suficiente, para que a norma constitucional de eficácia limitada possa produzir efeitos jurídicos⁴²⁰.

A inconstitucionalidade por omissão pode implicar em que em o tribunal constitucional assine prazo para que o órgão omissor produza a norma, reclamada pelo texto constitucional como essencial para efetivação de direitos constitucionais previstos em normas constitucionais de eficácia limitada⁴²¹.

Alguns ordenamentos jurídicos, em atenção ao princípio da separação e da harmonia entre os poderes, optam por não fixar prazo para produção da norma infraconstitucional primária, quando esta norma for de competência do parlamento. Nestes casos, declara-se a inconstitucionalidade com apelo ao legislador, para que este cumpra sua tarefa constitucional de produzir a norma, sem a qual o direito constitucional não tem eficácia, apesar das constituições gravarem esses direitos, geralmente fundamentais, com a regra de máxima efetividade⁴²².

4.2. Paradigma constitucional de controle (e o bloco de constitucionalidade)

Diz-se paradigmática a norma de natureza constitucional, que serve de parâmetro para aferição da compatibilidade entre o texto constitucional e a norma

⁴²⁰ “Aquí, lo único que interesa es que el problema de si una norma confiere o no un derecho subjetivo es un problema normativo. Surge cuando el texto de una norma deja abierta esta cuestión, tal como es, por ejemplo, el caso cuando, de acuerdo con el texto, consta que la norma **N** obliga al Estado a realizar la acción **h** pero no si **a** tiene al respecto un derecho frente al Estado. Para esponder que **a** tiene un tal derecho, se requiere premisas adicionales. Estas pueden ser – por ejemplo en el sentido de la teoría de la norma protectora del Tribunal Constitucional Federal – las de la interpretación teleológica”. (ALEXY, **Teoría de los Derechos Fundamentales**, cit., p. 175/176).

⁴²¹ “Como as normas constitucionais programáticas se reconduzem amiúde à apelos de concretização pelo legislador, é fácil verificar que a problemática acaba por enfrentar a complexa questão do comportamento silente dos órgãos legislativos. Daí a tormentosa *quaestio* da inconstitucionalidade por omissão e dos mandados de injunção e do caráter tendencialmente infrutuoso das tentativas doutrinárias apostadas na sua operacionalidade prática”. (CANOTILHO, JJ Gomes. **A liberdade de conformação do legislador**. In: CANOTILHO, JJ Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade, Itinerário dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 212/213).

⁴²² “Desde que os direitos humanos deixaram de ser apenas teorias filosóficas, e passaram a ser positivados por legisladores, ficou superada a fase em que coincidiam com meras reivindicações políticas ou éticas. Os direitos ganharam em concretude, ao se enriquecerem com a prerrogativa da exigibilidade jurídica, mas perderam em abrangência. Puderam ser protegidos pela ordem jurídica, mas somente dentro do Estado que os proclama”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1.067).

infraconstitucional primária, que tem fundamento de validade imediato na Constituição. Daí exsurge a ideia de parametricidade constitucional⁴²³.

A norma constitucional paradigmática não é apenas aquela, a partir da qual se verifica a compatibilidade entre o texto constitucional e a norma infraconstitucional, cuja validade repousa imediatamente na constituição, para aferir a constitucionalidade material. É paradigmática igualmente a norma constitucional atinente ao processo legislativo, uma vez que a inobservância deste tipo norma constitucional induz inconstitucionalidade formal. Ou seja, a parametricidade tem pertinência, tanto na inconstitucionalidade material, quanto na inconstitucionalidade formal.

Na hipótese de inconstitucionalidade por omissão, haverá também uma norma constitucional paradigmática, porque se afere a omissão inconstitucional a partir da falta de produção da norma infraconstitucional integradora, reclamada pela norma constitucional de eficácia limitada, que é exatamente a norma paradigmática no contexto da omissão inconstitucional⁴²⁴.

Nem sempre a norma constitucional paradigmática integra o texto constitucional formal. É que há normas constitucionais que são constitucionais por sua natureza e não por sua inserção formal na constituição. Estas normas são materialmente constitucionais⁴²⁵.

O que vai definir a existência de normas constitucionais fora do texto constitucional posto é a própria constituição⁴²⁶. É que a constituição pode prever que, além dos direitos nela proclamados, há outros direitos não escritos nela (constituição), decorrentes de tratados internacionais ou dos princípios adotados pela constituição, como

⁴²³ “A Constituição, responsável por conferir os poderes governamentais e traçar os seus limites, localiza-se, no ápice do sistema. O entendimento majoritário na doutrina é no sentido de não existir qualquer hierarquia jurídica entre normas constitucionais, seja entre as originárias, seja entre estas e as derivadas. Considera-se inadmissível um mesmo documento normativo ser composto por norma hierarquicamente distintas”. (NOVELINO, cit., p. 227).

⁴²⁴ “Ao contrário do que sucede nos processos de fiscalização da inconstitucionalidade por ação, este processo de controlo de constitucionalidade por omissão propõe-se averiguar se a inatividade dos órgãos legislativos será jurisdicionalmente censurável por desrespeito de norma constitucional que impõe a obrigação (non facere) quando um parâmetro constitucional o impõe”. (VAZ, Manuel Afonso et al. **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 211).

⁴²⁵ “A ‘constituição em sentido material’ compreende o conjunto das normas que regulam a estrutura do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais de onde provêm. O conceito aponta essencialmente para a questão de saber se existe direito constitucional material ‘fora’ da constituição ou ‘direito constitucional material’ produzido por fontes não constitucionais. [...] A esta luz, integram o conceito de ‘constituição em sentido material’ o direito eleitoral ou o direito dos partidos políticos, que devem ser distinguidos das chamadas ‘esferas de organização secundária’, designadamente a habilitação para a edição de leis, que apenas afectam a organização estadual em esferas secundárias”. (QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 123).

⁴²⁶ “(...) *ne sus deliberaciones no se les exige aplicar, o guiarse por ningún principio de lo recto y de la justicia previo y antecedente*” (RAWLS, John. **La Justicia como equidade**. Madri: Edit. Tecnos, 1986, p. 148).

ocorre na Constituição do Brasil (Art. 5º, § 2º). São normas materialmente constitucionais porque são dotadas de fundamentalidade.

Diversos Estados constitucionais preveem a existência de outras normas constitucionais, além daquelas previstas na constituição⁴²⁷. É muito comum que isso ocorra com as normas definidoras de direitos fundamentais: uma, porque os direitos fundamentais da ordem jurídica interna se imbricam com os direitos da ordem internacional dos direitos humanos⁴²⁸, ocasião na qual a ordem jurídica internacional complementa a ordem jurídica interna, se não houver norma de repetição da ordem internacional na ordem interna, e em razão do princípio da prevalência dos direitos humanos⁴²⁹, expressos ou não nos textos constitucionais; duas, porque os direitos fundamentais não se constituem em um rol, que se exaure em si mesmo, seja por estarem sempre em “construção”, seja por estarem em desenvolvimento/aprofundamento⁴³⁰.

Estas normas constitucionais não escritas na constituição⁴³¹, decorrentes de tratados internacionais definidores de direitos humanos, (ou do direito comunitário europeu), ou dos princípios adotados pela constituição – ocasião em que há normas constitucionais previstas até em texto de lei –, constituem o que se denomina bloco de constitucionalidade⁴³².

Nesse sentido, são normas paradigmáticas tanto as normas escritas na constituição, quanto as normas que, embora não constem no texto constitucional formal, possuam natureza de normas constitucionais, por integrarem o bloco de constitucionalidade.

⁴²⁷ Cf.: art. 8º n. 1 da Constituição da República Portuguesa.

⁴²⁸ “Assim, caso um tratado internacional estabeleça uma proteção ainda mais ampla a um direito individual e seja aprovado na forma prevista no § 3.º do art. 5.º, deve prevalecer sobre a norma constitucional anterior”. (NOVELINO, cit., p. 474).

⁴²⁹ Sobre o uso de ponderação de valores, no que tange aos princípios definidores de direito fundamentais, conferir Alexy em: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, cit.

⁴³⁰ “O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdade em face dos poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder. O fenômeno leva Bobbio a concluir que os direitos não nascem toso de uma só vez, “nascem quando devem ou podem nascer”. (MENDES e BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 231).

⁴³¹ “O critério da fonte leva em conta a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direito e garantias fundamentais não enumerados, quando, no § 2º do art. 5º, declara que os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (DA SILVA, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 182).

⁴³² “[...] (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou lei com valor constitucional formal. E daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais) [...] na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; ” (CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 919/920).

Em última análise, normas paradigmáticas são todas normas constitucionais e, por isso, servem de parâmetro para se aferir a constitucionalidade de normas infraconstitucionais primárias, que tem a constituição como seu fundamento imediato de validade (compatibilidade vertical), ou para aferir a validade de normas constitucionais oriundas de emenda constitucional, caso a norma paradigmática tenha sido gravada como cláusula pétrea (compatibilidade horizontal), pelo Poder Constituinte Originário.

4.3. O problema da validade das normas infraconstitucionais primárias (e o bloco de legalidade)

A parametricidade constitucional se infere através do cotejo entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional, cuja constitucionalidade/validade se pretende investigar, desde que esta norma infraconstitucional tenha fundamento de validade imediato naquela norma constitucional. É dizer: norma infraconstitucional, que têm fundamento de validade em outra norma infraconstitucional, quando inválida, sua invalidade não será problema de inconstitucionalidade, em uma primeira análise.

O problema da inconstitucionalidade é próprio da invalidade de normas que tem a constituição como fundamento de validade imediata. Estas normas são denominadas normas primárias porque a validade delas decorre diretamente da constituição. No mesmo sentido, não será primária a norma, cujo fundamento de validade imediato não esteja na constituição, e nem esteja em normas do bloco de constitucionalidade⁴³³.

É certo que, todas as normas do ordenamento jurídico dos Estados, que tem a supremacia constitucional como princípio, têm a constituição, como fundamento último de sua validade, ao menos na ordem jurídica interna⁴³⁴. É que com o advento do direito comunitário, as normas infraconstitucionais de um Estado membro buscam no direito comunitário a sua validade, também⁴³⁵.

⁴³³ “El derecho es un sistema de normas que formula una pretención de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios e los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretención de corrección”. (ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, Barcelona: Gedisa Editorial, 1994, p. 123).

⁴³⁴ “En un sistema jurídico de estructura escalonada, este criterio es reemplazado por el de la legislación conforme con una Constitución en general socialmente eficaz”. (*Idem*, p. 125).

⁴³⁵ “Supranacionalidade pode ser definida como um fenômeno jurídico através do qual órgãos existentes no Direito Comunitário são capazes de decisões independentes do poder estatal de cada país envolvido. São, porém, subordinadas às regras gerais estabelecidas por consenso através de um pacto internacional, o qual deu origem a esses órgãos. As decisões posteriores dos organismos supranacionais dispensam medidas de recepção pelos Estados e têm aplicabilidade imediata, ou seja, os países renunciam a algumas de suas atribuições, permitindo assim que os órgãos comunitários possam legislar, administrar e julgar”. (CEZAR, Érica Lopes. **Direito comunitário e Tribunal Supranacional: um futuro para integração das Américas uma visão à luz do Mercosul e da União Europeia**. 303 f. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2002).

Isso porque, nos Estados que se agregam a outros, não é somente a constituição o fundamento último de validade das demais normas, embora esta (a constituição) ainda seja o fundamento último de validade na ordem interna (desde que a norma infra seja válida conforme o Direito Comunitário)⁴³⁶.

O que difere normas infraconstitucionais primárias das demais normas infraconstitucionais, então, é o fundamento imediato de validade da norma. Normas infraconstitucionais primárias têm a constituição como fundamento imediato de validade. Normas infraconstitucionais não primárias (secundárias, etc.) buscam validade imediata em outras normas infraconstitucionais⁴³⁷.

Por conta do princípio da legalidade, que informa todas as ordens jurídicas democráticas, a lei é a norma infraconstitucional primária por excelência. Independentemente da denominação que se dê, os Estados, principalmente os do sistema do *civil law*, se utilizam da lei, como fonte principal do direito ordinário, de natureza não constitucional⁴³⁸.

Existem outras fontes de direito às quais a constituição empresta força de lei, ou que tem eficácia de lei. Ao conjunto de normas jurídicas, com força e/ou eficácia de lei, que não tem natureza de lei formal, a doutrina denomina bloco de legalidade⁴³⁹. Portanto,

⁴³⁶ “Essa primazia, naturalmente, não deixa a Constituição escrita converter-se em última fonte do direito. Como Constituição escrita, a Constituição fundamenta necessariamente legalidade, mas não necessariamente legitimidade, embora já em sua legalidade esteja uma parte – frequentemente desatendida – de legitimidade (...). Além disso, ela deve sua legitimidade à concórdia sobre seus conteúdos ou então, pelo menos, ao respeito de seus conteúdos. Mesmo concórdia completa não é capaz de, entretanto, excluir a possibilidade de uma contradição entre a Constituição e princípios superiores do direito como o último fundamento da legitimidade. Sua obrigatoriedade, naturalmente, não pode ser comprovada por nenhuma instância que a consciência jurídica. Eles são capazes de, por isso, fundamentar um direito para a resistência, mas eles não podem, por causa daquela contradição, assumir a configuração da legalidade da Constituição”. (HESSE, Konrad; tradução de Luís Afonso Heck. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. 20ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 44/45).

⁴³⁷ No direito português, as normas infraconstitucionais secundárias também são sindicáveis, tendo a Constituição como paradigma. “Com a inconstitucionalidade cuida-se da validade ou invalidade de cada norma e cada acto juridico-publico, a qual resulta como consequência automática e se conhece por via do juízo de concordância ou discordância com a norma constitucional. A inconstitucionalidade afere-se pela norma constitucional infringida, é o efeito da norma. Notamo-lo bem pensando no que sucede, introduzindo-se, revogando-se, ou modificando-se uma norma constitucional”. (MIRANDA, **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**, cit., p. 239).

⁴³⁸ “A situação normativo-hierárquica privilegiada da lei como fonte única do direito e da justiça, fruto do pensamento racional-iluminista, não pôde resisitir ao advento das leis constitucionais contemporâneas como normas superiores repletas de princípios e valores condicionantes de toda produção e interpretação/aplicação da lei. Rebaixada de sua proeminência normativa inicial, a lei passou a ter com a Constituição uma relação de subordinação (formal e material), submetida à possibilidade constante de ter sua validade contestada, e de ser, portanto, anulada, perante um Tribunal ou órgão judicial especificamente encarregado da fiscalização de sua adequação aos princípios constitucionais que lhe são superiores”. (MENDES, Gilmar Ferreira; Do Valle, André Rufino. **Comentário ao art. 5º, II**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 1354).

⁴³⁹ “Todavia, ou estes direitos são ainda densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, conseqüentemente, direitos positivos-constitucionalmente

todas as normas jurídicas com força e/ou eficácia de lei são normas primárias, porque todas elas têm fundamento de validade imediato na Constituição⁴⁴⁰.

Assim, o problema de incompatibilidade vertical, entre uma norma do bloco de legalidade e uma norma do bloco de constitucionalidade, é problema de inconstitucionalidade, exatamente a exemplo do que ocorre quando há incompatibilidade vertical entre norma legal e norma constitucional. O mesmo se dá, caso a incompatibilidade se dê entre lei formal e norma do bloco de constitucionalidade, ou entre norma do bloco de legalidade e norma constitucional formal.

Se houver inobservância das regras constitucionais do processo legislativo, para formação de uma norma com força e/ou eficácia de lei, haverá inconstitucionalidade formal, porque a norma do processo legislativo constitucional constitui fundamento de validade imediato das normas do bloco de legalidade. Esta norma do processo legislativo constitucional é a norma paradigmática, em questão.

Entretanto, se houver incompatibilidade entre uma norma infralegal e uma lei, ou entre norma infralegal e o bloco de legalidade, o problema será de ilegalidade. Uma norma infralegal, incompatível com uma lei, que é compatível com a constituição, induz afronta ao texto constitucional; mas, ainda assim, sua invalidade será um problema de ilegalidade, porque a norma constitucional violada, em tese, não é o fundamento de validade imediato da norma infralegal. Já uma norma infralegal, incompatível com uma norma legal, incompatível com a constituição, será ilegal, porque a lei inconstitucional, em tese, é presumidamente constitucional, até que seja declarada sua inconstitucionalidade.

Caso a norma infralegal seja compatível com a lei, que é seu fundamento de validade imediato, e caso esta lei seja incompatível com a constituição, a norma infralegal, mesmo sendo incompatível com a constituição, não terá sua invalidade como objeto do sistema do sistema de defesa da constituição, porque o problema de invalidade precedente é da norma legal. É que, a invalidade da norma infralegal é conseqüente lógico necessário da invalidade da norma infraconstitucional primária, quando não houver incompatibilidade vertical entre a norma legal e a norma infralegal.

Então, para a aferição da constitucionalidade, interessam as normas infraconstitucionais primárias, que são as leis e as demais normas integrantes do bloco de legalidade. Não importando se a inconstitucionalidade é material ou formal. Em similaridade, se houver omissão inconstitucional, é porque não houve produção da norma

plasmados, ou são direitos autônomos não-reentrantes nos esquemas normativo-constitucionais, e, nessa medida, estrarão no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade". (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 922).

⁴⁴⁰ "Mas, atendendo ao princípio da **supremacia da Constituição**, pode igualmente conceber-se a inconstitucionalidade de **actos não legislativos** ou **infralegais** desde que se encontrem numa relação **directa** e **imediate** com a Constituição. Referimo-nos, concretamente, aos regulamentos **independentes**, que não executam uma lei em particular, antes um **bloco de legalidade**". (QUEIROZ, **Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional**, 2009, p. 295).

infraconstitucional primária integrativa – ou seja, não houve produção de lei formal ou norma do bloco de legalidade, integrativas –, necessária para a eficácia da norma constitucional paradigmática de eficácia limitada.

4.4. Alteração na parametricidade constitucional e o direito intertemporal

Pode haver alteração na parametricidade, quando se revogar a norma constitucional paradigmática, ou quando o texto constitucional for inovado, inclusive por força de mutação constitucional, e também quando se fizer a transição de uma constituição para outra. Situação semelhante ocorre, quando se revoga a norma primária, hipoteticamente inconstitucional.

É cediço que o poder constituinte originário tem natureza dúplici, segundo a doutrina: poder constituinte originário histórico, pelo qual se funda um Estado, onde antes não existia outro; e o poder constituinte originário revolucionário, através do qual se constitui uma nova ordem constitucional, onde existia uma ordem constitucional anterior⁴⁴¹. No primeiro caso, funda-se um país novo, do ponto de vista histórico/geográfico e político; no segundo caso, o país já existia no plano ôntico, havendo uma ruptura jurídico/política, a reclamar uma nova constituição, que altera o plano deôntico/normativo, com a criação de uma nova ordem constitucional.

Em que pese, através do poder constituinte originário histórico se esteja criando um novo país, a constituição deste novo Estado, que se funda, pode considerar válidas as leis, anteriores à ruptura política, que implicou na formação do novo país; embora, este fenômeno seja muito mais frequente, caso a ruptura política não dê origem a um novo país, apenas altere a ordem jurídico-política anterior, por força da inauguração de uma nova ordem constitucional. Neste último caso, as normas infraconstitucionais preexistentes, compatíveis com a nova constituição, são consideradas válidas, seja implicitamente, seja explicitamente (por expressa disposição de normas constitucionais de transição).

A validação ou não de uma norma infraconstitucional preexistente, diante do advento de uma nova ordem constitucional, que entra em vigor por força do poder constituinte originário/histórico, ou por força do poder constituinte originário/revolucionário, é denominada de recepção ou não recepção. Dito de outra forma, norma preexistente, compatível com a nova ordem constitucional é tida como

⁴⁴¹ “O poder constituinte pode ser subdividido em histórico e revolucionário. Histórico seria o verdadeiro poder constituinte originário, estruturando, pela primeira vez, o Estado. Revolucionário seriam todos os posteriores ao histórico, rompendo por completo com a antiga ordem e instaurando uma nova, um novo Estado”. (LENZA, cit., p. 173).

recepcionada; e, caso seja incompatível com a nova constituição, é tida como não recepcionada⁴⁴².

A diferença que se tem, quanto ao poder constituinte originário histórico e o poder constituinte originário revolucionário, é que quando da manifestação daquele a recepção da norma infraconstitucional oriunda da ordem jurídica anterior terá que ser expressa, já que se está fundando um novo país, do ponto de vista histórico, geográfico e político; ao passo que quando da manifestação do último, a recepção da norma infraconstitucional pela constituição, pode ser tácita, já que se está fundando uma nova ordem constitucional em um país que já existia, historicamente, geograficamente e politicamente, e onde já havia uma ordem jurídica pré-existente

O fenômeno da recepção ou não da norma infraconstitucional pela constituição se dá também com o advento de emenda constitucional, seja emenda de alteração de norma constitucional, seja emenda de inserção de norma constitucional inovadora. É que, mesmo que haja uma reforma constitucional (e não a promulgação de uma nova constituição), a norma infraconstitucional anterior à emenda, se compatível com esta será recepcionada, se incompatível não será recepcionada.

Porém, em caso de incompatibilidade entre a norma infraconstitucional primária e uma norma constitucional oriunda de uma emenda à constituição, não há falar em inconstitucionalidade superveniente da norma infraconstitucional em questão, posto que não se trata de invalidação da norma infra, mas sim de sua derrogação pelo texto constitucional modificado. É dizer, não se trata de problema de validade normativa, trata-se de questão relacionada à vigência da norma infra, ou seja, questão de direito intertemporal⁴⁴³.

Se a emenda constitucional for de supressão normativa, a alteração na parametricidade se dá porque a norma paradigmática deixa de existir. Não existindo mais o paradigma constitucional, não haveria como cogitar de inconstitucionalidade em tese. Se já houver judicialização da questão tida como inconstitucional, quando a norma paradigmática for revogada, por emenda constitucional de supressão, a ação direta de

⁴⁴² “O STF admitiu, inicialmente, a possibilidade de examinar no processo do controle abstrato de normas a questão da derrogação do direito pré-constitucional, em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. (...). Essa posição foi posteriormente abandonada, todavia, em favor do entendimento de que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais”. (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao art. 102, I, a**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 1354).

⁴⁴³ O direito português dá tratamento diverso à inconstitucionalidade superveniente. Neste sentido: “Se na vigência de certa norma constitucional se emite um acto (ou um comportamento omissivo) que a viola, estamos perante um caso de inconstitucionalidade originária. Se uma nova norma constitucional surge e dispõe em sentido contrário de uma lei ou de outro acto precedente, estamos em presença de uma inconstitucionalidade superveniente. Esta última reveste sempre a natureza de um **vício material**, não podendo inquirar a **validade do acto**, que se reporta ao tempo da sua elaboração, isto é, aos processos constitucionalmente prescritos à data da sua edição. A **validade da norma**, não do acto em si, é que deve ser fiscalizada e interpretada em cada momento da sua vigência”. (QUEIROZ, **Direito Constitucional**, cit., p. 297).

inconstitucionalidade (ou ação similar) deveria ser extinta por falta de interesse de agir, na modalidade necessidade⁴⁴⁴.

Em caso de controle difuso, não haverá extinção da ação, por não ser a questão constitucional uma condição da ação ou um pressuposto processual, mas, da mesma forma, o incidente de inconstitucionalidade será julgado prejudicado, por causa superveniente de falta de interesse de agir. Entretanto, ato concreto, objeto do pedido principal, deve ter sua validade aferida perante a ordem normativa constitucional e legal, vigente ao tempo da feitura do ato concreto.

O direito intertemporal também afeta a questão constitucional, quando se modifica ou se suprime a norma infraconstitucional primária, cuja constitucionalidade se questiona. Em ambos os casos a norma infraconstitucional primária, objeto do pedido de controle da ação de controle da constitucionalidade, deixa de vigor. Na hipótese de modificação normativa, a inconstitucionalidade pode subsistir ou não, mas ainda que subsista, a norma primária atacada não é mais a mesma. Ao passo que na hipótese de revogação, por supressão da norma infraconstitucional primária, tida como inconstitucional, não há mais falar em inconstitucionalidade, porque a norma que se pretende seja declarada inconstitucional não mais vige. Nas duas hipóteses, caso já tenha sido ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade, a consequência é a extinção da ação direta sem julgamento do mérito por causa superveniente de falta de interesse de agir, na modalidade necessidade, por perda do objeto⁴⁴⁵.

Contudo, tendo em vista os efeitos que uma norma infraconstitucional primária pode produzir, mesmo depois de revogada, há quem defenda que a ação direta não deve ser extinta sem julgamento do mérito, nos sistemas em que a declaração de inconstitucionalidade não implica em retirada da norma do ordenamento, podendo a inconstitucionalidade recair sobre norma infraconstitucional primária revogada, por conta da subsistência dos seus efeitos.

No direito brasileiro, não mais vigendo a norma primária, não há falar em ação direta de inconstitucionalidade, prevalecendo opinião em favor da possibilidade do manejo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, é inteligível

⁴⁴⁴ No direito brasileiro, entend-se ser possível a continuidade da ação direta, tendo como parâmetro a norma constitucional revogada ou alterada: “A sucessão de emendas constitucionais fez surgir outro fenômeno ligado à questão da lei e do direito intertemporal. É que a alteração substancial do parâmetro de controle por emendas constitucionais supervenientes vinha levando o Tribunal a considerar prejudicada a ação direta (...). Finalmente, no recente julgamento conjunto das ADI 2158 e 289, rel. Dias Toffoli (em 15.9.2010), o STF superou a jurisprudência que fixava o prejuízo da ação direta, em razão da alteração substancial do parâmetro de controle, admitindo a possibilidade do controle abstrato da constitucionalidade de norma, em face de texto pré-constitucional substancialmente alterado ou revogado por emenda constitucional”. (MENDES e STRECK, **Comentário ao art. 102, I, a.**, in: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In: **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 1354).

⁴⁴⁵ “O exame da ‘necessidade da jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito”. (DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento**, Fredie, cit., p. 226)

que o incidente de inconstitucionalidade instaurado em sede de controle difuso deve ser julgado, em razão dos efeitos que uma norma revogada pode produzir, por força dos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

II Parte

5. O complexo sistema de defesa da Constituição no Brasil

O Brasil instituiu um complexo aparato para fiscalização constitucional de leis e demais atos normativos, que inclui a adoção dos sistemas de controle político e jurisdicional⁴⁴⁶, ambos na forma preventiva e repressiva; além do controle jurisdicional ser misto. Além de haver fiscalização judicial concentrada da constitucionalidade, nas unidades da federação brasileira, em face das constituições dos estados-membros.

O estudo do controle de constitucionalidade no Brasil implica na análise do desenvolvimento histórico dos sistemas de controle e seus métodos, da parametricidade constitucional e dos atos sujeitos a fiscalização constitucional, do controle preventivo e repressivo da constitucionalidade, da fiscalização política e da fiscalização judicial da constitucionalidade; e, do efeito e da eficácia das decisões, prolatadas em sede de controle jurisdicional da constitucionalidade, pelos métodos difuso e concentrado, este último de competência exclusiva Supremo Tribunal Federal, tendo a Constituição da República como paradigma, e pelos tribunais de justiça dos estados e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em face da constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Contudo, face à finalidade deste estudo, impôs-se a análise pormenorizada do fenômeno da abstrativização do controle judicial concreto da constitucionalidade no Brasil, que além de ter aproximado dos dois métodos judiciais de fiscalização constitucional, quanto aos efeitos e a eficácia de suas decisões de mérito, parece indicar ter o direito brasileiro adotado a doutrina do *stare decisis*, instituto próprio do sistema jurídico *common law*; razão pela qual não se pesquisou o controle político da constitucionalidade e nem o método abstrato/concentrado de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade – a miúde –, no Brasil.

5.1. A evolução da fiscalização constitucional no direito brasileiro

⁴⁴⁶ “Brazil has an extensive and complicated system of judicial review”. (ROSENN, Keith S. **Judicial Review in Brazil: developments under the 1988 Constitution**. 7 Sw. J. L. & Trade Am. 291 (2000), p. 291) Acess in: Thu Feb 28 07:18:55 2019.

O Império do Brasil não chegou a instituir mecanismo algum de defesa da Constituição⁴⁴⁷, em que pese a competência conferida ao Poder Legislativo, pela Constituição de 1824, para interpretar as leis, parecer apontar no sentido contrário. Por conta desta interpretação autêntica, de previsão constitucional, é até defensável que tenha havido uma espécie embrionária de controle da constitucionalidade no Brasil imperial⁴⁴⁸.

Com a Proclamação da República, promulgou-se a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891. De forte influência norte-americana⁴⁴⁹, por força não só dos estudos das instituições ianques por juristas brasileiros, notadamente Rui Barbosa⁴⁵⁰, mas também por conta da influência dos Estados Unidos sobre toda a América, a Constituição de 1891 adotou o sistema de governo presidencialista, a forma federalista de Estado e o controle difuso da constitucionalidade das leis⁴⁵¹.

Coube ao Supremo Tribunal Federal, fundando em fevereiro de 1891, dar última palavra em sede de controle de constitucionalidade no método difuso, adotado pelo Brasil

⁴⁴⁷ “O direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1824, desconheceu a fiscalização constitucional das leis e dos atos normativos. Durante o Império, o direito brasileiro sofria influência das concepções então em voga, especialmente na Inglaterra e na França. Ambos os países desconheciam qualquer arranjo jurisdicional com idêntica finalidade”. (CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 80).

⁴⁴⁸ “Vê-se que o controle da constitucionalidade das leis no Império era exercido pelo próprio Poder Legislativo, o qual deveria interpretar as leis (em interpretação dita autêntica, como fez na Lei de Interpretação, de 1840, que limitou o alcance do Ato Adicional de 1834, este a única emenda formal à Carta de 1824) e até mesmo legislar sem receio de que a lei fosse dita “irrazoável”, como foi no caso da Lei da Maioridade, também de 1840, que declarou que o jovem Pedro de Alcântara, então com 14 anos, passava a ser maior, assim preenchendo o requisito constitucional de que o Imperador deveria contar, ao menos, com 18 anos para que subisse ao Trono e, desta forma, cessando a anarquia que caracterizou os períodos de Regência”. (SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve histórico do controle de constitucionalidade**. Banco do conhecimento, Rio de Janeiro, jul. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>. Acesso em: 18 jan. 2016).

⁴⁴⁹ “The founding father of Brazilian judicial review is Ruy Barbosa. He was attracted to Anglo-American legal culture and inserted important provisions on judicial review into the draft of the Constitution of 1891”. (SATO, **Judicial review in Brazil**, cit., p. 3).

⁴⁵⁰ “A Constituição de 1891 batizou o País como a República dos Estados Unidos do Brasil, tornando explícito o figurino norte-americano que modelou o seu conteúdo. A influência do direito constitucional norte-americano se deve a RUI BARBOSA, que desempenhou papel fundamental na elaboração da Constituição de 1891, sendo mesmo, não raro, apontado como o verdadeiro ‘autor’ do texto constitucional”. (LEITE, Fábio Carvalho. **1891: a construção da matriz político-institucional da república no Brasil**. 218 f. (Mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ, Rio de Janeiro, 2003).

⁴⁵¹ “A nova ordem, inspirada no figurino norte-americano, institucionalizou-se na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, que operou a tríplice transformação: a forma de governo, de monárquica passa a republicana; o sistema de governo, de parlamentar transmuda-se em presidencial; a forma de Estado, de unitária converte-se em federal”. (BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, cit., p. 11).

no início da nossa história republicana. Legatário do Supremo Tribunal de Justiça, que era o órgão de cúpula do Poder Judiciário nos tempos do Império, o STF concentrou dentre outras competências, o poder/dever de fiscalização constitucional por via indireta, através de recurso para aquela corte ou como incidente de ação de competência originária do tribunal, à semelhança do modelo americano⁴⁵².

Em consequência da Revolução Constitucionalista de 1932, foi promulgada da Constituição de 1934, que trouxe em seu texto uma importante inovação no campo da fiscalização da constitucionalidade, a inserção da atribuição ao Senado Federal para dar eficácia transcendente às decisões judiciais do controle concreto, tomadas em última instância pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵³.

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo, ao Senado, foi atribuído a prerrogativa para suspender a execução da lei, declarada inconstitucional, através de resolução daquela Casa, dando eficácia transcendente às decisões do controle concreto, tomadas pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Optou-se pela retirada da eficácia da lei declarada inconstitucional, porque o próprio Supremo poderia mudar a orientação jurisprudencial, após a decisão declaratória de inconstitucionalidade, objeto de resolução do Senado de suspensão da execução da lei, com o que a eficácia da lei, outrora declarada inconstitucional, seria restaurada.

É que o Senado Federal não poderia revogar uma norma legal, que ingressou no ordenamento jurídico, por força de atos das duas casas do Congresso Nacional, já que o Poder Legislativo do Brasil era (como ainda é) bicameral; e porque o direito brasileiro, fiel ainda ao dogma da separação dos Poderes, decidiu por não atribuir às decisões do STF – prolatadas na fiscalização constitucional difusa da constitucionalidade – eficácia transcendente⁴⁵⁴.

⁴⁵² *"In the first few years of the Republic, the judges in the newly established Federal Supreme Court did not realize the significance of the adoption of the American system. Almost all of them had been appointed from the Imperial Court and were deeply imbued with the civil law tradition"*. (SATO, **Judicial review in Brazil**, cit., p. 3).

⁴⁵³ "Art. 91 - Compete ao Senado Federal: I - colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;" (Constituição ds Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁴⁵⁴ "Com as resoluções senatoriais, suspensivas das execuções de leis ou atos normativos, daclarados inconstitucionais, incidental e concretamente, pelo Supremo Tribunal Federal, procurou-se obviar o notório inconveniente da disparidade das decisões que o sistema de controle de constitucionalidade de

A inovação guarda inegável semelhança com a doutrina inglesa do *stare decisis*, haja vista que no Reino Unido cabia à Câmara dos Lordes⁴⁵⁵, que é a câmara alta britânica, a prerrogativa de conceder efeito transcendente (e caráter de imutabilidade) às decisões reiteradas das cortes judiciais daquele país⁴⁵⁶. Hoje, esta função é da Suprema Corte, criada a partir de fração da Câmara dos Lordes⁴⁵⁷.

A Constituição de 1934 trouxe outra inovação histórica no controle de constitucionalidade no Brasil: a instituição da representação de inconstitucionalidade interventiva⁴⁵⁸. Era a semente do controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade, que se afirmaria mais tarde, na vigência da Constituição de 1946, quando da criação da ação direta de inconstitucionalidade, em 1965.

De notório viés autoritário, a Constituição do Estado Novo, de 1937, também afetou o controle da constitucionalidade das leis, ao prever que o Presidente da República poderia submeter uma lei, declarada inconstitucional pelo STF, ao crivo do Congresso

matriz estadunidense provoca em ordenamentos filiados ao *civil law*, desconhecedores da regra do *stare decisis*, sem abalar, entretanto, as vigas mestras do modelo". (RAMOS, cit., p. 195).

⁴⁵⁵ "A história da *House of Lords* como tribunal integrante do Judiciário britânico, pode ser dividida em dois períodos principais: da Idade Média até 1976; e os 133 anos da Idade Moderna, de 1876 a 2009, data em que Corte foi instinta. Durante o século XIX, a Corte assumiu o papel de julgar recursos extremos, sendo as manifestações orais conduzidas por juízes muitíssimos qualificados". (ANDREWS, Neil. **A Suprema Corte do Reino Unido, Reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica**. São Paulo: Revista de Processo, 2010, p. 187).

⁴⁵⁶ "O próprio Direito inglês alterou tradicional regra de imutabilidade em seus precedentes, consagrada pela Câmara dos Lordes em 1898, no caso *London Tramways v. London County Council*, e adotou, após 68 anos, nova orientação, que desobriga a Câmara dos Lordes à obrigatoriedade de seus precedentes (regra adotada em 26-7-1966, no *Practice Statement of 1966*, lido pelo Lord Gardiner, no Parlamento Inglês). O fundamento da alteração foi a consciência de que uma rígida aderência aos precedentes pode levar a injustiças e também restringir indevidamente a adequada evolução do Direito. Observe-se, porém, que mesmo após a adoção do novo posicionamento, são excepcionais e raríssimos os casos em que a Câmara dos Lordes alterou os próprios precedentes, em prol da segurança jurídica". (MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. v. unificado, p. 13, 2012. Disponível em: <<http://www.alexandremoraesadvogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/2-As-S%C3%BAmulas-Vinculantes-no-Brasil-e-a-Necessidade-de-Limites-ao-ativismo-Judicial...pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2016).

⁴⁵⁷ "A Suprema Corte foi criada pela Reforma Constitucional de 2005. É a mais alta corte recursal do Reino Unido. A sua criação tornou realidade a separação dos poderes exercidos pelo Judiciário e 'casa superior' do Parlamento no Reino Unido. Reuniu-se, pela primeira vez, em outubro de 2009, substituindo o órgão com competência para julgar recursos da *House of Lords*. (ANDREWS, cit., p. 187).

⁴⁵⁸ "Também conhecida como representação interventiva, o controle de constitucionalidade da intervenção federal adentrou no regime jurídico nacional a partir da Constituição de 1934, em seu art. 12, §2º". (MAFRA, Francisco. **Da ação direta de inconstitucionalidade interventiva: introdução**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=653>. Acesso em: 19 jan. 2016).

Nacional, que, por dois terços de cada Casa, poderia revalidar a lei, considerada inválida pelo Tribunal⁴⁵⁹.

No compasso, a Constituição de 1937 fez pouco caso da representação de inconstitucionalidade interventiva, instituída no regime constitucional anterior, fortalecendo o Poder Executivo da União e mitigando a autonomia dos entes federados de segundo grau, com o que o federalismo brasileiro foi posto em xeque⁴⁶⁰.

A Constituição brasileira de 1946, teve na Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que criou a ação direta de inconstitucionalidade genérica no Brasil, a sua maior inovação, no contexto da fiscalização judicial da constitucionalidade⁴⁶¹. Promulgada em plena Ditadura Militar, com o propósito de controlar leis federais e estaduais que contrariassem o governo, haja vista que o regime autoritário brasileiro tinha contornos institucionais, com o “funcionamento” do Congresso, periodicidade de eleições para alguns cargos, divisão orgânica e espacial do poder, mesmo que sob a batuta dos generais; esta emenda teve o intento de ser mais um instrumento de controle institucional do poder pelos militares⁴⁶².

A assertiva de a ADI genérica ter sido criada como mais um instrumento do aparelhamento do Estado pelos golpistas de 1964 no Brasil, é reforçada pelo fato de se ter previsto um único legitimado para propositura da ação, o Procurador Geral da República, que, à época, não exercia mandato, uma vez que tal cargo era de livre nomeação e exoneração, por ato do Presidente da República. Além disso, o Procurador

⁴⁵⁹ “... o Presidente da República podia submeter ao Parlamento as leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, no âmbito do controle difuso incidental”. (RAMOS, cit., p. 201).

⁴⁶⁰ “... não foi prevista a declaração de inconstitucionalidade interventiva, pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto condição para a sua execução pelo Presidente da República (art. 9º, par. único)”. (**Idem**, p. 201).

⁴⁶¹ “A representação para intervenção, ou ação declaratória de inconstitucionalidade, foi criada pela Constituição de 1934 como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade nos casos de alegada ofensa aos princípios constitucionais sensíveis que hoje estão no art. 34, VII, da Carta de 1988. Com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, vieram os seus primeiros frutos, ampliando o seu objeto para alcançar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta da República; e de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição estadual”. (SLAIBI FILHO, cit. Acesso em: 19 jan. 2016).

⁴⁶² “*Though this reform was proposed by a special committee of the Ministry of Justice under the pretext of economy of proceedings, emphasizing that the highest judicial organ was already burdened by an excessive case-load, it also aimed, in effect, to exclude legislation that was contrary to the interests of the military government*”. (SATO, **Judicial review in Brazil**, cit., p. 9).

Geral da República reunia em si a função de Chefe do Ministério Público Federal e a função de chefe do órgão de defesa judicial da União⁴⁶³.

A Constituição da República de 1988 é a expressão jurídica da redemocratização do Brasil, com o fim da Ditadura Militar em 1985⁴⁶⁴. E no que pertine ao controle da constitucionalidade, o constituinte inovou sobremaneira o que se tinha no constitucionalismo até então⁴⁶⁵. Destaca-se, nesse diapasão, o aumento do rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, atendendo à ampliação dos atores com acesso à Justiça Constitucional, na esteira do que preconizou Peter Häberle, na sua obra *Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição*⁴⁶⁶.

Ainda em sede de fiscalização judicial abstrata constitucionalidade, o constituinte de 1988 inovou, ao prever a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que permite o controle constitucional sobre atos não normativos e até sobre normativos revogados; e, também, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, por via da Emenda Constitucional nº3/93.

No método difuso de controle jurisdicional da constitucionalidade, a Constituição de 1988 manteve a possibilidade de concessão de eficácia transcendente pelo Senado às

⁴⁶³ “Art 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível ad nutum. Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local”. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946).

⁴⁶⁴ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”. (BARROSO, Luís Roberto. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**, in: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional / vol. 7/2015 / p. 533-584 / Ago 2015 / DRT/2015/11002).

⁴⁶⁵ “Quando tradicionalmente na Europa a constitucionalização efetiva e a inauguração de uma época vocacionada à jurisdição se inicia no Segundo Pós-Guerra, com o declínio dos Estados Sociais e a necessidade de um penitenciamento em relação aos desmandos em relação aos desmandos que o Executivo (hipertrofiado e totalitário) implementou; em nosso país os ganhos desse constitucionalismo e da ciência jurídica como um todo, somente se colocam em nossas pautas de discussão à partir da Constituição de 1988, em face do ‘alinhamento científico’ que atravessamos por inúmeros fatores”. THEODORO Jr. e outros. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário**, cit., p. 13).

⁴⁶⁶ “No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, 13).

decisões do Supremo, que vinha se repetindo nos textos constitucionais desde a Constituição de 1934; e acrescentou através da emenda n.º 45/2004, a possibilidade do próprio STF poder dar eficácia transcendente às suas decisões, prolatadas em controle concreto, num evidente aceno ao instituto norte-americano do *writ of certiorari*⁴⁶⁷.

A Constituição do Brasil de 1988 previu controle preventivo de constitucionalidade, por via judicial, ao estabelecer que determinadas matérias não serão sequer suscetíveis de proposta de emenda constitucional, proibindo a deliberação de propostas neste sentido, abrindo caminho para o manejo de mandado de segurança preventivo com fim de defender esta regra constitucional, contra ato da Mesa de uma das Casas do Congresso Nacional; e previu, expressamente, a possibilidade de controle político repressivo da constitucionalidade pelo Poder Legislativo.

A fiscalização constitucional da omissão inconstitucional no Brasil é outra importante inovação do constituinte de 1988⁴⁶⁸, que, previu dois instrumentos constitucionais com esse desiderato: o mandado de injunção, manejável por qualquer pessoa impossibilitada de exercer direito fundamental, ou prerrogativa decorrente da nacionalidade brasileira, por falta de norma infraconstitucional integradora; e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para cuja propositura os legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

5.2. Espécies de invalidez das normas infraconstitucionais primárias no Brasil

⁴⁶⁷ “Tal como acontece com o *writ of certiorari*, o requisito da repercussão geral restringe recursos, porém a gestão dos tribunais inferiores (em termos de definir os critérios para estabelecer quando casos são “semelhantes”) reduz a probabilidade de erros de direito significativos. O sistema brasileiro parece mais adequado para minimizar os custos potenciais de não analisar todos os recursos, uma vez que os tribunais inferiores têm um papel ativo na escolha dos casos relevantes a serem apresentados ao Tribunal para o requisito da repercussão geral, cada caso representativo da controvérsia tem mais chance de ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal sob o sistema brasileiro, do que sob o *certiorari* nos Estados Unidos”. (OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; GARUPA, Nuno. **Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil: uma abordagem pela análise econômica do direito**. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, nº 42 jan./jun. 2013. Disponível em: < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/42artigo6.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2016).

⁴⁶⁸ “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. (BARROSO. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**, cit., p. 134).

Embora já se tenha discorrido sobre inconstitucionalidade material, formal e superveniente, quando do estudo dos apontamentos sobre uma teoria da inconstitucionalidade das normas, é pertinente voltar ao tema quando da análise da fiscalização constitucional no Brasil.

Haverá inconstitucionalidade material, quando houver incompatibilidade semântica entre uma norma constitucional e norma infraconstitucional, que tenha a Constituição, como fundamento imediato de validade⁴⁶⁹. Ao passo que, norma infraconstitucional, que tem a Constituição como fundamento imediato de validade, se, com esta é semanticamente compatível, é norma válida, porque será constitucional.

Forçoso é analisar as situações de direito intertemporal, ao se aferir a inconstitucionalidade das leis⁴⁷⁰. É que, como a Constituição de 1988 derivou de manifestação do poder constituinte originário, dito revolucionário, as normas infraconstitucionais, vigentes antes da promulgação da Constituição, e com fundamento de validade direto na Constituição, se compatíveis com esta, foram recepcionadas, se incompatíveis, são tidas como não recepcionadas – posto que foram derogadas.

Neste trabalho, defende-se que situação semelhante ocorre no cotejo entre norma constitucional, advinda de emenda constitucional, e norma infraconstitucional primária, vigente, quando da entrada em vigor do texto constitucional reformado. Se houver compatibilidade semântica entre a norma infraconstitucional primária e a norma posta na Constituição, por via de emenda constitucional, aquela permanecerá vigente. Se não houver compatibilidade semântica essas duas espécies normativas, a norma infraconstitucional primária terá sido derogada pela emenda constitucional⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ “A inconstitucionalidade material ocorre com o choque do conteúdo de um ato jurídico público, com o conteúdo dos princípios ou das normas constitucionais, com as quais deveria se conformar. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional: Tomo I: Garantia da Constituição e controle da constitucionalidade**, p. 136/147)”. (NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 629).

⁴⁷⁰ “Se na vigência de certa norma constitucional se emite ato que a viole, ocorre a **inconstitucionalidade originária**. Se uma nova norma constitucional surge e com ela se torna desconforme a norma preexistente, dar-se-á a **inconstitucionalidade superveniente**. (...). A inconstitucionalidade superveniente não pode ser objeto de ADIn”. (*Idem*, cit., p. 630).

⁴⁷¹ “Ocorre que, desde há muito, assentou o Tribunal que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. O mesmo raciocínio é aplicado quando, exercitado o Poder Constituinte derivado, a lei ordinária prévia se torna incompatível com o texto constitucional modificado, não servindo a Adin para alteração do padrão constitucional: v.g”. (Adin 2971, Celso, DJ 18.5.04; Adin 1717-MC, Sydney, DJ 25.2.00; Adin 2197, Corrêa, DJ 2.4.04; Adin 2531-AgR, Velloso, DJ 12.9.03; Adin 1691, Moreira, DJ 4.4.03; Adin

Outro fenômeno jurídico que merece igual tratamento, quanto ao direito intertemporal no controle da constitucionalidade das leis, é a mutação constitucional. Pois, se houver incompatibilidade semântica entre o texto constitucional, modificado por via interpretativa, e norma primária pré-existente, a norma primária será derogada; ao passo que, havendo compatibilidade semântica entre a norma infraconstitucional primária e o texto constitucional mutado, haverá recepção da norma primária cotejada com a Constituição, alterada por mutação⁴⁷².

No direito brasileiro, as emendas constitucionais também podem ser inconstitucionais, desde que incompatíveis com clausula pétrea da Constituição. É que o constituinte de 1988 gravou com cláusula de imutabilidade, a forma federada de Estado, a divisão orgânica do Poder, a democracia (voto direto, secreto, universal e periódico), e os direitos e garantias individuais. Nesse sentido, só serão constitucionais emendas que tenham conteúdo semântico compatível com o núcleo imodificável da Constituição.

Quanto à validade formal das normas primárias, tem-se que será constitucional a norma primária que tenha obedecido ao regramento previsto na Constituição para sua produção. Logo, será inconstitucional a norma primária feita ao arpejo de alguma norma constitucional atinente ao processo legislativo⁴⁷³.

A feitura das normas infraconstitucionais primárias também deve obedecer ao disposto no regimento das Casas Legislativas, desde que a regra regimental paradigmática derive de uma norma do processo legislativo constitucional⁴⁷⁴. Caso contrário, a lei se

1143, Ilmar, DJ 6.9.01; Adin 799, Gilmar, DJ 17.9.02, Adin 2055, Moreira, DJ 9.5.03). “Pouco importa cuidar-se de lei complementar - é norma infraconstitucional, cuja vigência é atingida de imediato pela edição da emenda constitucional”. (Voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 3.569. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=452004>>. Acesso em: 19 jan. 2016).

⁴⁷² “Situação similar se diz com a alteração da concepção geral do direito, a conduzir a mutação da jurisprudência constitucional. A alteração da compreensão do direito caracteriza uma nova concepção jurídica acerca da mesma situação fática. De qualquer forma, assim como a alteração dos fatos, a modificação da concepção geral do direito permite a revogação de precedente constitucional, e, assim, também de precedente que considerava a lei constitucional, não importando se este gerou coisa julgada *erga omenes*. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 899).

⁴⁷³ “A **inconstitucionalidade formal** ocorre na violação de regras constitucionais respeitantes à produção e à revelação de um ato jurídico público. (NERY Jr. e NERY, **Constituição Federal comentada**, cit., p. 630).

⁴⁷⁴ “O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei e emendas constitucionais, que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (*leading case*) RTJ99/1031 ...” (**Idem**, p. 545).

afirma como constitucional, porque regimento interno de Parlamento, por si só, não pode induzir inconstitucionalidade de norma infraconstitucional primária, salvo se o regimento interno repetir norma de processo legislativo constitucional ou concretizar os efeitos de um princípio constitucional fundante⁴⁷⁵.

A produção de emendas constitucionais igualmente deve obedecer às regras constitucionais do processo legislativo, caso contrário, haverá vício de inconstitucionalidade formal⁴⁷⁶. A Constituição 1988 previu, em seu artigo 60, normas cogentes para a feitura de emendas constitucionais, tanto em caráter objetivo, quanto em caráter subjetivo.

Objetivamente, há regras prevendo votação em dois turnos, quórum qualificado, proibição de reedição de proposta de emenda constitucional na mesma sessão legislativa, quando a proposta anterior houver sido rejeitada ou prejudicada, e proibição circunstancial para propositura de emenda. Subjetivamente, o processo legislativo estabelece quem pode propor emenda constitucional, e investe o legislador ordinário do poder/dever de emendar a Constituição.

Não há falar em inconstitucionalidade superveniente no âmbito da inconstitucionalidade formal. Se a Constituição de 1988 dispuser que uma matéria deve ser disciplinada por lei ordinária, e houver uma norma primária pré-existente disciplinando a matéria por decreto-lei, por exemplo, tal decreto-lei será recepcionado como lei ordinária⁴⁷⁷. O mesmo se aplica às matérias para as quais se exigiu lei complementar, e

⁴⁷⁵ “Assim, o Supremo Tribunal Federal tem assentado, v.g., que ‘matéria relativa à interpretação de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*’. Posteriormente, a Corte passou a entender que se a questão discutida disser respeito ao processo legislativo prevista na Constituição Federal, principalmente no que for atinente ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), é possível a discussão judicial, uma vez que ela passa a ter estatura de controvérsia constitucional”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit, 1199).

⁴⁷⁶ “Também entre nós é admissível a aferição de constitucionalidade do chamado **direito constitucional secundário**, uma vez que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II, III e parágrafos 1º, 2º e 3º da Constituição, como também as **cláusulas pétreas** (art. 60, parágrafo 4º)”. (MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade, Comentários à lei 9.868 de 10/11/1999**. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1999, p. 188).

⁴⁷⁷ “Decreto-lei n. 3.689/41 (Código de Processo Penal); Decreto-lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho) ...”. (ROTENBURG, Walter Claudius. **Comentário ao art. 5º, LI e LII**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In: **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 1354).

que já haviam sido disciplinadas antes do advento da nova Constituição por lei ordinária ou por decreto-lei.

5.3. A omissão inconstitucional no direito brasileiro

O problema da omissão inconstitucional é um dos temas mais intrigantes do Direito Constitucional contemporâneo, apesar do debate sobre a questão datar já da primeira quadra do Século passado, quando da inserção nos textos constitucionais das chamadas normas programáticas, notadamente na Constituição do México de 1917 e na Constituição Alemã de Weimar de 1919. Naquela época, houve quem cogitasse que as normas programáticas, por não terem conteúdo constitucional material, seriam apenas formalmente constitucionais⁴⁷⁸.

É que as normas constitucionais programáticas, não raro, definem direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, que, por dependerem do legislador ordinário para sua efetivação, se constituem em um “por vir”, que deverá ser implementado pelos governos, no sentido de se realizar a promessa constitucional de desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade, de forma gradativa, por conta as limitações fáticas que se impõem, notadamente as condições econômico/orçamentárias⁴⁷⁹.

Essa categoria de direitos fundamentais apareceu ainda na segunda metade do século XIX, à margem dos textos constitucionais, uma vez que esses direitos foram previstos na legislação ordinária, num primeiro momento. São considerados direitos da segunda geração (ou dimensão) de direitos fundamentais. E tem como marca não mais a

⁴⁷⁸ “Assim, constitucional será aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.). Trata-se do que Schmitt chamou de Constituição. Por outro lado, quando nos valem do critério formal, que, em certo sentido, também englobaria o que Schmitt chamou de ‘lei constitucional’, não mais no interessará o conteúdo da norma, mas sim a forma como ela foi introduzida no ordenamento jurídico”. (LENZA, cit., p. 69/70).

⁴⁷⁹ “[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. [...] de juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parecer estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564).

limitação do Poder do Estado, do qual se exige uma inação, o que é característico dos direitos de primeira geração, e sim uma atitude proativa do Estado, eis que parte dos direitos econômicos, sociais e culturais depende da atuação do Governo, razão por que são também tidos como direitos prestacionais.

Quando ingressavam na ordem jurídica por meio de normas infraconstitucionais primárias, como as leis, os direitos fundamentais de segunda geração já eram juridicizados com força de produzir efeitos, porque eram fruto de decisão política ordinária. Ou seja, já impunham obrigação para o Governo e criavam direitos subjetivos para os destinatários das normas, quando da sua instituição. Ao serem inseridos nas constituições, na forma de normas programáticas e na condição de promessas constitucionais para o futuro, os direitos econômicos, sociais e culturais passaram a depender dos governos para sua efetivação, com o fito de se realizar o programa formulado no texto constitucional pelo Estado, enquanto sociedade politicamente organizada.

Daí surgiu o problema de se definir como os governos efetivariam as promessas constitucionais feitas pelo Estado, organização política que se materializa juridicamente na constituição. Enquanto os movimentos sociais defendiam a aplicabilidade direta dos direitos constitucionais fundamentais prestacionais, juristas mais conservadores pregavam que estes direitos nem constitucionais eram, ao menos materialmente, propondo a inaplicabilidade deles por falta de densidade normativa.

No fim da terceira quadra do século XX, José Afonso da Silva, em sua tese de doutoramento, categorizou normas constitucionais de acordo com sua aplicabilidade, identificando três tipos de delas: normas de eficácia plena, com aplicabilidade imediata; normas de eficácia contida, com aplicabilidade imediata, porém restringível; e norma de eficácia limitada, com aplicabilidade mediata.⁴⁸⁰

⁴⁸⁰ “Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada. Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considera-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III

A última categoria de normas da classificação de José Afonso da Silva é a que interessa para este estudo, porque é nela que estão inseridas as normas constitucionais, cujo conteúdo se constitui num programa a ser cumprido pelo legislador ordinário. Em sua tese, José Afonso da Silva defendia que as normas de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta criavam situações subjetivas e obrigação para o legislador, antes mesmo do direito se ocupar da omissão inconstitucional⁴⁸¹.

Mas foi a Constituição Portuguesa de 1976, que se notabilizou por prever mecanismos para sanar as omissões inconstitucionais. Mais tarde, igualmente em tese de doutoramento, José Joaquim Gomes Canotilho defendeu que o legislador estava vinculado às promessas previstas na constituição⁴⁸². Daí em diante, ficou sacramentado o poder/dever do legislador de tornar eficaz a norma constitucional programática de natureza econômica, social e cultural, principalmente⁴⁸³.

No Brasil, a Constituição de 1988 previu dois remédios judiciais para o problema da omissão inconstitucional, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴⁸⁴. O primeiro é de alcance mais restrito, já que não

– normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida”. (DA SILVA. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, cit., p. 81/82).

⁴⁸¹ “[...] enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida a surtam outros efeitos não essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins das normas, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. (**Idem**, p. 83).

⁴⁸² “A Constituição da República de 1976 é uma constituição programática porque contem numerosas normas-tarefa e normas-fim (cfr., por exemplo, artigos 9º e 80º) definidoras de programas de acção e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma lei fundamental não reduzida e um simples instrumento de governo, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos a ideia de ‘programa’ associava-se ao carácter dirigente da Constituição a Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 217).

⁴⁸³ “As constituições dirigentes, entendidas como constituições programáticas estatais não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projectante, como dissemos: elas ergueram o Estado a ‘homem-direcção’ exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o direito em instrumento funcional dessa direcção. Deste modo, o Estado e o direito são ambos arrastados para a **crise da política regulativa**. Por um lado, erguer o Estado a ‘homem de direcção’ implica o desconhecimento do **alto grau de diferenciação** da estatalidade pluralisticamente organizada. Por outro lado, confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da **subsidiariedade**, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida, até aos **modelos neocorporativos**, passando pelas formas de **delegação** conducente a regulações descentradas e descentralizadas”. (CANOTILHO, JJ Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo**. In: CANOTILHO. **“Brançosos e Intercontinentalidade”**, cit., p. 107/108).

⁴⁸⁴ “A Constituição Brasileira inspirou-se na Carta Portuguesa ao procurar disciplinar a figura da inconstitucionalidade por omissão. Previu, assim, dois instrumentos: a ação direta de

são todos os direitos, cuja omissão do legislador impede o exercício, a ponto de ensejarem o manejo desta ação; afora que a injunção é um mecanismo típico do controle jurisdicional difuso da constitucionalidade. De outro giro, o segundo remédio judicial não encontra limite temático para o seu manejo, quanto ao direito ou situação subjetiva, afetados pela omissão inconstitucional legislativa ou administrativa; além de ser ação de maior alcance subjetivo, exatamente porque é uma ferramenta do controle concentrado/abstrato.

5.4. Norma constitucional paradigmática e bloco de constitucionalidade no Brasil

No direito brasileiro, o estudo das normas constitucionais paradigmáticas é essencial, para fim de aferição da constitucionalidade das normas infraconstitucionais primárias. Normas constitucionais paradigmáticas, aprioristicamente, são aquelas que constam do texto constitucional, independentemente, da questão constitucional ser formal ou material. Na inconstitucionalidade material, a norma paradigmática é a norma constitucional, cujo conteúdo semântico não foi respeitado pela norma primária. Enquanto que na inconstitucionalidade formal, a norma paradigmática será necessariamente regra do processo legislativo constitucional, que não foi observada quando da feitura da norma infraconstitucional primária, ou a regra de processo legislativo de natureza legal, conforme já se discorreu no capítulo 4, item 2.

Igual tratamento é dispensado às emendas constitucionais, que, embora não tenham natureza jurídica de normas infraconstitucionais primárias, estão sujeitas à fiscalização constitucional, da mesma forma que as leis. Uma emenda constitucional será materialmente inconstitucional, se houver colisão entre os conteúdos semânticos da emenda constitucional e de uma norma constitucional, gravada com cláusula de imutabilidade, pelo poder Constituinte Originário. E uma emenda constitucional será

inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veio praticamente equipara os dois institutos. Na dicção do art. 103, § 2.º, no caso de o Tribunal constatar a ocorrência de omissão legislativa, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. Na prática, a solução padece das mesmas limitações que haviam sido dadas pelo art. 283 da Constituição Portuguesa: normalmente a omissão não se deve à incidência, mas a uma atitude de não prover acerca da matéria”. (BARROSO, Luís Roberto. **Influência da reconstitucionalização de Portugal sobre a experiência constitucional brasileira**. Revista de Direito do Estado: RDE / Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais. Rio de Janeiro: Renovar, n.2, p. 403-410, abr-jun, 2006, p. 409).

formalmente inconstitucional, se houver violação de regra constitucional (norma paradigmática), atinente ao processo legislativo constitucional, que disciplina a produção de emendas constitucionais.

O que difere a aferição de constitucionalidade da lei e da emenda constitucional é que: no primeiro caso, estar-se-á diante de compatibilidade vertical entre normas do escalonamento piramidal de validade normativa; enquanto no segundo caso, estar-se-á diante de um raro caso de compatibilidade horizontal entre normas do mesmo patamar, no escalonamento piramidal de validade normativo do ordenamento jurídico brasileiro.

Voltando à compatibilidade normativa vertical entre as normas da ordem jurídica brasileira, tem-se que, em havendo emenda constitucional de supressão da norma constitucional paradigmática, não se discute que não mais subsiste o vício de inconstitucionalidade, ao menos de acordo com o mesmo fundamento normativo constitucional.

Em não vigendo mais a norma paradigmática, e caso se maneje ação direta de inconstitucionalidade, ou instrumento similar, com a pretensão de se fazer o controle da constitucionalidade de lei, com base no paradigma constitucional revogado, o pedido deverá ser julgado improcedente⁴⁸⁵. E caso a revogação da norma constitucional paradigmática se dê no curso da ação direta de inconstitucionalidade, haverá carência de ação por causa superveniente de falta de interesse de agir, na modalidade necessidade.

Tratamento semelhante deve ocorrer em sede de controle judicial difuso da constitucionalidade. Caso a norma constitucional paradigmática tenha sido revogada, antes da instauração do incidente de inconstitucionalidade, o juízo, competente para julgar a ação de caráter concreto, deve decidir pelo indeferimento do incidente. E se a norma constitucional paradigmática for revogada, depois de instaurado o incidente de inconstitucionalidade, o juízo, competente para julgar o processo, no qual se deu o

⁴⁸⁵ “A ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil ao controle da validade de atos normativos infralegais em face da lei sob cuja égide foram editados, ainda que, num desdobramento, se estabeleça, mediante previa aferição da inobservância dessa mesma lei, o confronto consequente com a Constituição Federal. Crises de legalidade, caracterizadas pela inobservância, por parte da autoridade administrativa, do seu dever jurídico de subordinação normativa a lei, revelam-se estranhas ao controle normativo abstrato, cuja finalidade restringe-se, exclusivamente, a aferição de eventual descumprimento, desde que direto e frontal, das normas inscritas na Carta Política”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello proferido na ADI nº 264/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363402>. Acesso em: 25 mar. 2016).

incidente de inconstitucionalidade, deve considerar o incidente prejudicado. Isso no que tange aos efeitos prospectivos da norma infraconstitucional primária, caso não subsista a inconstitucionalidade da mesma, após a revogação da norma paradigmática, por outro fundamento normativo constitucional.

Problema há nos efeitos antecedentes produzidos por norma primária inconstitucional, antes da revogação da norma constitucional paradigmática, que induzia a inconstitucionalidade (ou não) da norma primária em comento. Se a norma primária nunca foi inconstitucional, e continua não sendo inconstitucional, porque não afrontou o texto revogado e nem afronta o texto remanescente; a extinção da ação direta de inconstitucionalidade, ou do incidente de inconstitucionalidade; ou a improcedência do pedido formulado, na ação direta de inconstitucionalidade, ou no incidente de inconstitucionalidade; não causam nenhum prejuízo, no que tange aos efeitos produzidos pela norma primária questionada.

Se a norma infraconstitucional primária era inconstitucional, ao tempo em que vigia a norma constitucional paradigmática revogada, os efeitos produzidos pela norma infraconstitucional primária, em questão, serão evitados de vício até a revogação da norma paradigmática. Nesta hipótese, não será possível declarar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional primária, pela via direta, e nem em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque a arguição de descumprimento de preceito fundamental até pode ser intentada, caso a norma infraconstitucional primária guerreada seja revogada, mas não se a norma constitucional paradigmática foi revogada⁴⁸⁶.

Contudo, em sede de controle judicial difuso da constitucionalidade, o juízo, competente para o julgamento do processo em que se deu o incidente, pode declarar a inconstitucionalidade incidental da norma infraconstitucional primária, em face de norma constitucional paradigmática revogada, independentemente se a revogação da norma paradigmática se deu, antes ou depois da instauração do incidente de inconstitucionalidade, no que diz respeito aos efeitos antecedentes – e caso a

⁴⁸⁶ “Daí a razão de a ADPF preencher um vazio relativamente à sindicabilidade dos atos normativos anteriores à Constituição, como explicitado na parte final do art. 1º, parágrafo único, II, mas válido para a arguição autônoma e incidental. Sendo descabida a ação direta de inconstitucionalidade, abre-se espaço, através da arguição, para o controle abstrato e concentrado, em processo objetivo, da validade de norma precedente”. (BARROSO, **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 328).

inconstitucionalidade da norma infraconstitucional primária não perdure, por fundamento constitucional diverso, com a revogação da norma constitucional paradigmática. Porque se perdurar a inconstitucionalidade, por fundamento constitucional diverso, a declaração incidental de inconstitucionalidade atingirá tanto os efeitos antecedentes da norma infraconstitucional primária, objeto do incidente de inconstitucionalidade, quanto os efeitos da norma infraconstitucional primária, posteriores a revogação da norma constitucional paradigmática.

Outra questão atinente à norma constitucional paradigmática advém da possibilidade da norma paradigmática não está formalmente inserida na Constituição. Hodiernamente, a Constituição de 1988 previu que, além dos direitos fundamentais escritos em seu texto, há direitos fundamentais decorrentes dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, e dos princípios gerais adotados por ela (Constituição)⁴⁸⁷.

Esses direitos não escritos formalmente na Constituição constituem o bloco de constitucionalidade no direito brasileiro. Portanto, são igualmente direitos fundamentais, direitos que não estão escritos na Constituição de 1988, mas que, por força de comando normativo constitucional, têm estatura de norma constitucional, porque decorrentes de tratados de internacionais de direitos humanos e/ou dos princípios fundantes da própria Constituição, desde que sejam normas definidoras de direitos fundamentais⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ “Uma corrente, que podemos chamar de **ampliativa**, defende a utilização não so das normas (princípios e regras) formalmente constitucionais, como também de valores de caráter suprapositivos, amparados no denominado direito natural. ‘Em face de sua transcendência mesmo, os valores de caráter suprapositivos, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado’ (Inf. 258/STF) [...] Outra corrente, denominada **restritiva**, e que é **amplamente majoritária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, defende que so podem ser utilizados como paradigmas de constitucionalidade os princípios e regras, ainda que não expressos, extraídos do texto constitucional. Essa corrente, portanto, somente aceita a utilização como parâmetro ou bloco de constitucionalidade, **de norma ou conjunto de normas inseridos na Constituição** (ou seja, **normas formalmente constitucionais**)”. (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 4. ed., 2015, p. 160).

⁴⁸⁸ “(...) é a constituição no seu todo, tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados — que é tomada como padrão do julgamento da inconstitucionalidade. Todavia, e mais uma vez, o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao texto da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”. (CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit, p. 950).

É que os direitos fundamentais no Brasil não são previstos num rol exaustivo, havendo, portanto, outros direitos além daqueles formalmente previstos na Constituição. Sendo direitos fundamentais, decorrentes dos princípios gerais da Constituição, cabe ao operador do direito apontar quais são eles, pela via da interpretação. E sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição e seu mais importante interprete, cabe a este Tribunal, principalmente, a tarefa de indicar quais são os direitos fundamentais não escritos no texto constitucional forma, decorrentes de princípios adotados pela Constituição, sem embargo do papel da construção doutrinária⁴⁸⁹.

Nesse sentido, haverá direitos fundamentais que não constam do Título II da Constituição, que trata *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Esses direitos aparecem de forma esparsa na Constituição, notadamente nos Princípios Gerais e na Ordem Econômica e Social. Mas há também direitos fundamentais que constam de normas formalmente infraconstitucionais, que têm *status* de direitos constitucionais, porque decorrem dos princípios adotados pela Constituição, desde que tenham conteúdo de direito fundamental. São direito dotados de fundamentalidade⁴⁹⁰.

Logo, direitos fundamentais decorrentes dos princípios fundantes da Constituição⁴⁹¹, ainda que, formalmente não constem do texto constitucional, constituem

⁴⁸⁹ “Direitos não rotulados expressamente como fundamentais num título próprio da Constituição, podem ser como tal considerados, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorreria da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana, que, por sua importância, não podem ser deixadas à disponibilidade absoluta do legislador ordinário”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2000, p. 160/161).

⁴⁹⁰ “Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por um lado, eles são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (por exemplo, artigo 3º, 4º, 5º, 8º, 9º da Lei Fundamental) [...]. Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante, estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (por exemplo, artigo 7º, alínea 1, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5, da Lei Fundamental)”. (HESSE, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, cit., p. 228/229).

⁴⁹¹ “A partir do disposto do art. 5º, § 2º, da CF, é possível identificar dois grandes grupos de direitos e garantias fundamentais: a) os expressamente positivados, portanto, com direito assento em texto normativo, que, por sua vez, abrangem os direitos e garantias fundamentais do Título II, os direitos dispersos pelo texto constitucional, portanto, situados em outras partes da Constituição, bem como os direitos expressamente reconhecidos e protegidos pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; b) direitos decorrentes do regime e dos princípios ou direitos implícitos, aqui compreendidos, em sentido amplo, como todos aqueles direitos e garantias não diretamente (explicitamente) positivados. Cada uma das categorias arroladas envolve, apesar da característica comum de compores o universo dos direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídico-constitucional

bloco de constitucionalidade. Daí porque pode haver norma paradigmática constitucional fora do texto formal da Constituição, para fim de fiscalização constitucional das normas infraconstitucional primárias.

Debate que não se exaure é sobre a natureza das normas definidoras de direitos humanos, integrantes de tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. A Emenda Constitucional nº 45 pareceu findar esta discussão com a inserção do Parágrafo 3º no Art. 5º da Constituição, prevendo que a norma advinda de tratado de direitos humanos, do qual o Brasil é parte só terá força de emenda constitucional, se após a adesão do Brasil, o Congresso Nacional aprovar o tratado pelas mesmas formalidades objetivas exigidas para a produção de emendas constitucionais.

Apesar disso, a discussão doutrinária não se findou. Com o advento do Parágrafo 3º do Art. 5º da Constituição, têm natureza de norma constitucional as normas definidoras de direitos humanos, constantes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, após o Congresso confirmar a adesão pelo rito do aludido Parágrafo. Ou seja, votação, em dois turnos, em cada Casa, obedecido o quórum de três quintos. Não sendo adotada tal medida, o Supremo Tribunal Federal fincou entendimento de que estas normas não gozam de *status* de normas constitucionais, sendo infraconstitucionais, porém supralegais⁴⁹².

Relativamente, às normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é parte, cuja adesão se deu após a Emenda nº 45, o debate parece ter tido um fim. Caso tenha sido seguido o rito do Parágrafo 3º do Art.5º da Constituição, a norma definidora de direitos humanos tem estatura de direito fundamental constitucional; em não tendo sido observado este rito, a norma tem estatura de norma infraconstitucional, porém supralegal, desafiando controle de convencionalidade⁴⁹³.

brasileira, uma série de aspectos teóricos e práticos peculiares”. (MENDES e DO VALE, **Comentário ao art. 5º, parágrafo 2º**, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. **Comentários à constituição do Brasil**, cit., p. 517).

⁴⁹² “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”. (Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 20 jan. 2016).

⁴⁹³ “É importante frisar que esse controle de convencionalidade por parte dos tribunais internos, da maneira como estamos a defender neste estudo, tem sido ordenado pela Corte Interamericana de

Quanto aos tratados, aos quais o Brasil aderiu antes do advento da Emenda nº 45, o Supremo firmou a mesma posição: observado, posteriormente o rito do Parágrafo 3º do Art. 5º, as normas constantes do tratado têm estatura de direito constitucional; não tendo sido observado o que dispõe a norma constitucional em comento, as normas oriundas de tratado internacional sobre direitos humanos têm estatura de norma supralegal e infraconstitucional⁴⁹⁴.

Na doutrina, esse debate está longe de estar pacificado. Mesmo com o advento da Emenda nº 45, alguns doutrinadores defendem que as normas, constantes de tratados de direitos humanos, aos quais o Estado brasileiro aderiu, antes entrada em vigor da Emenda nº 45, tem estatura de direito constitucional fundamental⁴⁹⁵. E que as normas integrantes de tratados internacionais, cuja adesão se deu após a entrada em vigor da Emenda nº 45, têm estatura de norma supralegal, mas infraconstitucional, caso não tenha sido confirmada pelo rito do Parágrafo 3º do art. 5º da Constituição.

Há ainda quem na doutrina defenda que, mesmo após a inserção do Parágrafo 3º ao Art. 5º da Constituição, as normas definidoras de direitos humanos, integrantes de tratados internacionais, continuam com força de emenda constitucional⁴⁹⁶, seja com base

Direitos Humanos desde 2006, cujas decisões o Brasil se comprometeu (desde 1998, pelo Decreto Legislativo 89) a respeitar e a fielmente cumprir". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 84).

⁴⁹⁴ "Quando a problemática parecia estar se encaminhando para uma solução definitiva. O STF alterou seu posicionamento tradicional. No julgamento do Recurso Extraordinário envolvendo a prisão civil do devedor-fiduciante (DL 911/1969), o Min. Gilmar Mendes defendeu uma hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário, situando-os entre a legislação ordinária e a Constituição. Este entendimento acabou prevalecendo, restado vencidos, neste ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiram ao Pacto de San Jose qualificação constitucional". (NOVELINO, cit., p. 474).

⁴⁹⁵ "Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o 'quórum' qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do 'quórum' de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O 'quorum' qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um astro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno". (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 11.ed. 2010, p. 71-72).

⁴⁹⁶ "Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal ou teria status supralegal, por não terem sido os mesmos aprovados pelo quórum que lhes impõe a referida norma. O que se deve entender é que o quórum que tal parágrafo estabelece serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição". (MENDES e DO VALE. **Comentário ao art. 5º, §3º**, in: CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 520/521).

na fundamentalidade dessas normas, seja por conta do que preconiza a Ordem Internacional dos Direitos Humanos, no que tange aos princípios da primazia da norma mais favorável ao destinatário do direito, da indivisibilidade e da universalidade dos direitos humanos⁴⁹⁷.

A despeito desse debate, tem-se que o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição do Brasil é inconstitucional, posto que inserto no ordenamento jurídico brasileiro por via de emenda constitucional (Emenda n. 45), em afronta a conteúdo semântico da Constituição, gravado com cláusula de imutabilidade, qual seja, a norma que prevê o *status* de direito fundamental às normas constantes de tratados internacionais sobre direitos humanos (art. 5º, § 2º c/c art. 60, § 4º, IV, ambos da Constituição da República).

É que tal emenda violaria o parágrafo 4º, inciso IV, do art. 60 da Constituição do Brasil, uma vez que diminui a proteção constitucional ao conjunto dos direitos fundamentais, conferida pelo poder constituinte originário, da qual se infere tanto a máxima efetividade desses direitos (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República), quanto a inserção deles (direitos) no ordenamento jurídico brasileiro com status de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), quando previstos nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil for signatário.

Essa divergência doutrinária tem repercussão no controle da constitucionalidade brasileiro. Para quem defende que as normas definidoras de direitos humanos, inseridas em tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, não têm estatura de norma de direito constitucional, caso a adesão não tenha se dado pela via prevista na Emenda n. 45, essas normas não constituem o bloco de constitucionalidade. E assim sendo, não poderia haver controle da constitucionalidade, quando houver colisão de conteúdo entre norma

⁴⁹⁷ “Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Caderno de Direito Constitucional módulo V. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf >. Acesso em: 25 jan. 2016).

infraconstitucional primária e uma norma integrante de tratado de direitos humanos; devendo-se aplicar as regras de direito intertemporal.

Isso afastaria a hipótese de manejo ação direta, pois, haverá carência de ação, por falta de interesse de agir, haja vista que o controle da constitucionalidade não se presta a fiscalizar antinomia entre normas infraconstitucionais. E também não pode haver incidente de inconstitucionalidade no controle concreto, porque o problema da invalidade vertical aí não seria de inconstitucionalidade. Para essa corrente, restaria o controle de convencionalidade, que é sempre incidental⁴⁹⁸.

Ao se entender que as normas constantes de tratado de direitos humanos do qual o Brasil é signatário têm estatura de direito constitucional, entende-se, por consequência, que a antinomia entre norma primária e àquelas normas é problema de inconstitucionalidade, porque aquelas normas pertencem ao bloco de constitucionalidade. No controle difuso, qualquer juízo pode aderir a esse entendimento, porque a decisão do STF acerca da matéria não se deu em sede de controle judicial concentrado, nem em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, e nem se editou súmula vinculante a este respeito. O mesmo não se diga do controle concentrado, salvo se o STF promover um *overruling*, porque o Tribunal já firmou entendimento de que estas normas não têm e nem nunca tiveram estatura de norma constitucional, portanto, não pertencem ao bloco de constitucionalidade, pelo que não podem ser norma paradigmática para fim de controle.

A colisão entre normas infraconstitucionais primárias se resolve pelas regras de direito intertemporal, haja vista elas terem a mesma estatura. Mas a colisão entre norma infraconstitucional primária e uma norma supralegal, ou (supra) primária, se resolveria como? De acordo, com os que defendem a posição do Supremo, esta questão deve ser resolvida por via do direito intertemporal, havendo derrogação e não revogação da lei

⁴⁹⁸ “Em suma, todos os tratados que formam o corpus juris convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte servem como paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações que se fez acima: a) tratados de direitos humanos internalizados com quorum qualificado (equivalentes às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle difuso) de convencionalidade, cabendo, v.g., uma ADI no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional com eles incompatível; b) tratados de direitos humanos que têm somente “status de norma constitucional” (não sendo “equivalentes às emendas constitucionais” dada a não aprovação pela maioria qualificada do art. 5º, §3º) são paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade, o qual pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal num caso concreto”. (MAZZUOLI, cit., p. 86).

pela norma supralegal superveniente. Nesse sentido, ainda que haja denúncia do tratado, e a norma supralegal superveniente deixe de produzir efeito prospectivo no direito brasileiro, não há falar em repriminção da lei derogada. Isso, para quem entende ser possível haver denúncia de tratado de direitos humanos, sem que se viole a cláusula de proibição de retrocesso⁴⁹⁹.

Por outro lado, se a norma infraconstitucional primária é superveniente à norma supralegal, aplicando-se o direito intertemporal, conclui-se que na norma primária não deve incidir, porque ela não tem o condão de revogar e nem de derogar norma supralegal. Não revoga porque não tem a mesma estatura, e não derroga porque é de estatura inferior. Mas não é inválida porque o fundamento de validade da norma primária é a Constituição e não uma norma supralegal. Por isso, a norma infraconstitucional primária, nestes casos, vige e é válida, mas, como não incide sobre o fato, tem eficácia, apenas em tese. Obviamente, que isso se aplica a quem comunga do entendimento do Supremo, quanto à estatura de norma supralegal das normas definidoras de direitos humanos, constantes de tratado internacional.

No mesmo sentido, ao se considerar a norma decorrente de tratado internacional de direitos humanos supralegal e/ou supra primária, deve-se entender que a superveniência de norma constitucional de conteúdo contrário àquela tem condão de derogar a norma inserida no ordenamento jurídico por tratado. Isso acontece igualmente, em havendo denúncia do tratado pelo Estado do Brasil, pois a tal ato implica em revogação da norma definidora de direitos humanos decorrente de tratado, na ordem jurídica interna. Nestes casos, em se entendendo em consonância com o STF, há incompatibilidade horizontal que, aí sim, se deve resolver por regras do direito intertemporal.

Certo é que tais questões se resolvem fora dos mecanismos de controle judicial da constitucionalidade; seja difuso, para o qual não se poderá utilizar o instrumento do incidente de inconstitucionalidade, por inadequação da via processual eleita (para os que

⁴⁹⁹ “... o Estado concretiza crescentemente menos direitos ‘sociais’ – na verdade e ironizando, neste plano, o Estado surge como um **desconcretizador** de direitos, subvertendo a propalada regra da proibição do retrocesso”. (GOMES, Carla Amado. **Estado Social de Direito e Concretização de Direitos Fundamentais na Era Tecnológica: algumas verdades inconvenientes**. ([Texto publicado in *Scientia Iuridica*, n. 351, 2008, p. 7 e segs]. In: **Textos Dispersos de Direito Constitucional**. Lisboa, 2011, p. 62).

acompanham o entendimento do STF); seja controle concentrado, por acarretar falta de interesse de agir, na modalidade inadequação da via eleita.

5.5. O intrincado sistema judicial/repressivo misto de fiscalização da constitucionalidade no direito brasileiro

O Brasil optou por combinar os modelos norte-americano e europeu de controle jurisdicional repressivo de constitucionalidade⁵⁰⁰. O primeiro foi implantado desde a Constituição de 1891, a que inaugurou a República do Brasil. O segundo tem sua formação embrionária na Constituição de 1934, com a instituição da representação para intervenção por inconstitucionalidade. Porém, o marco inicial mesmo do método concentrado de controle jurisdicional de constitucionalidade no constitucionalismo brasileiro foi a criação da ação direta de inconstitucionalidade genérica, que se deu pela Emenda n.º 16 à Constituição do Brasil de 1946⁵⁰¹.

Os dois métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade convivem harmonicamente no direito brasileiro. Ainda que haja um movimento claro de abstrativização do controle difuso, isso se dá menos por desprestígio deste método de fiscalização constitucional do que pela necessidade de uniformização da jurisprudência constitucional. Mesmo porque, a diferença na eficácia das decisões do STF, num e noutro método, sempre foi irracional, do ponto de vista de serem as decisões prolatadas pelo mesmo Tribunal.

Com o advento da súmula vinculante e da cláusula de repercussão geral no sistema brasileiro de defesa da Constituição, as decisões do controle concreto passaram a ter eficácia transcendente, notadamente aquelas que forem proferidas, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral; haja vista que a eficácia transcendente das decisões

⁵⁰⁰ “Brazilian judicial review combines the decentralized, incidental form of judicial review of a common law country like the United States, with the centralized, abstract form of judicial review of civil law countries such as Germany and Italy”. (ROSENN, cit., p. 293).

⁵⁰¹ “A primeira e verdadeira manifestação de controle abstrato, na história do direito brasileiro, ocorreu mediante a EC 16, de 26.11.1965. Esta emenda constitucional alargou a competência originária do STF – tal como definida pela Constituição de 1946 –, conferindo nova redação à alínea k do art. 110, I, e, assim, passando a atribuir ao STF competência para processar e julgar ‘a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República’”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 834).

incidentais, em outras hipóteses de jurisdição constitucional difusa do STF, bem como o efeito vinculante do que for decidido, nestas hipóteses, somente é possível mediante a edição súmula vinculante ou por força de resolução senatorial, nos termos do Art. 52, X da Constituição da República – ou seja, não se dá automaticamente.

É que o STF também exerce jurisdição constitucional difusa fora da hipótese de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral. Isso se dá na competência originária do STF, diversa da sua competência para processar e julgar as ações do controle concentrado, e na competência recursal ordinária do Tribunal. Nestes casos, o STF exerce jurisdição ordinária, aprioristicamente, e jurisdição constitucional difusa, se houver arguição de incidente de inconstitucionalidade, tanto na competência originária quanto na competência recursal ordinária.

Quanto ao método abstrato/concentrado de fiscalização judicial da constitucionalidade, tem-se não caber o seu estudo detalhado nesta tese; porque, muito embora, seja necessária a análise dos efeitos das decisões deste método de controle jurisdicional da constitucionalidade, para que se possa estudar a abstrativização da fiscalização constitucional concreta, no Brasil; não se justifica que seja imprescindível pesquisar, amiúde, as ações do controle concentrado, para que se pesquise o fenômeno da abstrativização do controle concreto. Neste sentido, optou-se por se focar a pesquisa no método judicial concreto de fiscalização da constitucionalidade.

6. Controle jurisdicional difuso da constitucionalidade no Brasil

O controle jurisdicional difuso da constitucionalidade foi instituído efetivamente no Brasil com o advento da Constituição de 1891, cujo texto previa : “Art 60 - Aos juízes e Tribunais Federais: processar e julgar [...] § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; (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 federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas”. (____ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891).

O fundamento do controle de constitucionalidade, capaz de não afetar o princípio democrático e nem a divisão orgânica dos Poderes, era o mesmo do poder/dever do Estado-juiz de fazer incidir ou não uma norma a um caso concreto, desde que vigente. Ora, se o Judiciário pode aplicar a um caso concreto uma norma, ainda que revogada, porque esta norma possui ultratividade, por conta do ato jurídico perfeito e/ou do direito adquirido, deixando de aplicar uma norma vigente, após fazer o cotejo entre duas normas de igual estatura – a norma revogada e a norma vigente; também o pode não aplicar uma norma infraconstitucional primária, caso julgue a norma inválida, ocasião na qual se coteja a norma infraconstitucional primária vigente com uma norma paradigmática constitucional, sob a premissa de que esta norma dá condição de validade imediata àquela.

Diz-se controle difuso, porque qualquer juiz ou tribunal pode dizer sobre a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional primária, desde que o faça como incidente de um processo intersubjetivo. É que a validade da norma infraconstitucional primária é precedente lógico necessário para o julgamento do caso concreto, quando o pedido de uma das partes está arrimado nesta norma, caso a mesma tenha sua constitucionalidade questionada pela outra parte, ou pelo Ministério Público, nos processos em que este órgão atua como fiscal da lei; ou até de ofício pelo juiz, uma vez que a defesa da Constituição é matéria de ordem pública. Em suma, o problema de constitucionalidade de uma norma infraconstitucional primária aparece no processo

concreto como uma questão prejudicial⁵⁰², que deve ser apreciada como incidente do processo, portanto.

Como se disse, este método de controle jurisdicional da constitucionalidade é denominado difuso, porque seu julgamento se dá por qualquer órgão judicante e não por um único órgão judicial, como ocorre no controle concentrado, já estudado neste trabalho. E ainda, de forma diametralmente oposta ao que ocorre nas ações diretas da fiscalização constitucional concentrada, o controle difuso se faz de forma incidental, porque se julga a constitucionalidade da norma infraconstitucional primária, primeiramente (questão prejudicial), para, em operação posterior, se poder julgar o pedido principal do processo. Eis o porquê da denominação controle incidental.

É que, enquanto nas ações do controle concentrado da constitucionalidade, o pedido principal é exatamente a declaração de constitucionalidade (ou não) da norma; nas ações nas quais se dá o controle difuso, o pedido principal é o bem da vida, que se pretende ver tutelado pelo Poder Judiciário, devendo a questão de inconstitucionalidade ser analisada pela via indireta, já que não constitui objeto da ação intersubjetiva. Por isso, a doutrina também utiliza o termo de “via indireta” para o controle difuso, de forma inversa ao termo utilizado para denominar o controle concentrado, que se dá pela “via direta”.

É usual também a expressão “via de defesa” para se referir ao controle difuso. É que, ao invocar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional primária, que seria o fundamento do pedido do autor, o réu opõe uma defesa de mérito indireta, suscitando uma questão prejudicial. Daí o porquê da denominação “via de defesa”. Saliente-se que neste trabalho já se refutou tal denominação, porque o autor da ação também pode requerer a instauração de um incidente de inconstitucionalidade, pedindo ao juízo que se manifeste sobre a validade da norma infraconstitucional primária, na qual se sustenta o pedido do réu (que nada mais é do que a resistência ao pedido do autor, consubstanciada no contra pedido formulado pelo réu)⁵⁰³. Essa postura se mantém ainda que se entenda a

⁵⁰² “Considera-se questão prejudicial aquela cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. A segunda questão depende da primeira não o seu ser, mas no seu modo de ser. [...]. São exemplos de questões prejudiciais: [...]; c) a inconstitucionalidade da lei, na demanda em que se pretende a repetição do indébito tributário etc”. (DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**, cit., p. 95).

⁵⁰³ “Também o autor de uma ação pode postular, em seu pedido inicial ou em momento posterior, a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma, para que não tenha de se sujeitar aos seus efeitos. Com a multiplicação de ações constitucionais e dos mecanismos de tutela preventiva (provimento

“via de defesa” como o meio de se defender um direito material, porque neste caso a expressão “via de defesa” diz respeito ao direito processual, com evidente alusão a mecanismo de defesa utilizado pelo réu no processo concreto.

6.1. A legitimidade democrática da *judicial review* nos juízos monocráticos do sistema brasileiro de Justiça

A maioria das ações judiciais no Brasil são de competência originária dos juízos monocráticos, da primeira instância. E grande parte dessas ações não experimenta a fase recursal, seja porque, a atuação do Judiciário pacifica a lide, caso a parte sucumbente aceite o resultado da sentença, de forma tácita ou expressa; seja porque, o recurso interposto não é conhecido, por inobservância de um ou mais requisitos intrínsecos e/ou extrínsecos atinentes a eles; seja porque, o fortalecimento dos precedentes no direito brasileiro contemporâneo impõe cláusulas impeditivas para interposição de recursos contra decisões consonantes com jurisprudência do tribunal ao qual pertence o juiz, de tribunal superior ou do STF.

Nesse cenário, os conflitos constitucionais são travados frequentemente nos juízos monocráticos, e neles geralmente se resolvem. O meio para se discutir uma questão constitucional nos juízos monocráticos é o incidente de inconstitucionalidade, que se instaura a pedido de uma das partes ou do Ministério Público, e que deve ser julgado como prejudicial de mérito. Esse é o método adotado pelo direito brasileiro para que o juiz declare que não pode aplicar uma lei ao caso concreto, sem embargo de o juiz poder agir de ofício a questão constitucional, que é o acontece de certa forma automaticamente.

Isso porque o juiz, ao aplicar ou não uma norma infraconstitucional primária, no julgamento de um caso concreto, faz o controle de constitucionalidade sempre, vez que, se aplica a norma é porque ela é constitucional; e se não a faz incidir sobre o caso concreto é porque ela é inconstitucional, ocasião em que deve motivar, já que a lei é o limite do

liminar, medidas cautelares, tutela antecipada), estar-se-á tornando a hipótese mais corriqueira. Fazem parte dessa rotina forense, por exemplo, mandados de segurança nos quais o contribuinte procura preventivamente eximir-se do recolhimento de tributo instituído por lei cuja constitucionalidade é questionável. Ou de *habeas corpus* impetrado sob o fundamento de que a autoridade baseia a persecução penal em dispositivo (ou em interpretação que a ele se dá) inconstitucional”. (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 114).

Poder de qualquer autoridade, e neste caso se estaria afastando a incidência de uma lei vigente, além do mais, as leis tem presunção da constitucionalidade.

É dizer, toda vez que o juiz aplica uma norma infraconstitucional em um processo, no qual se resolve uma situação concreta, é porque ele a considerou constitucional – o que prescinde de fundamentação porque a lei goza de presunção de constitucionalidade. Daí por que, nestes casos, o juiz não declara a constitucionalidade, salvo se houver sido instado a fazê-lo, porquanto tenha uma das partes ou o Ministério Público (se couber sua atuação na ação) provocado instauração de um incidente de inconstitucionalidade.

Ao revés disso, sempre que o juiz não faz incidir a norma no caso concreto, é porque ele a declarou inconstitucional, de ofício ou ao julgar o incidente de inconstitucionalidade, proposto por uma das partes ou pelo órgão ministerial, caso caiba a intervenção processual deste. Ou seja, não se trata tão somente de não se fazer incidir a norma infraconstitucional inconstitucional, porque ela só não incidirá se o juiz a declarar inconstitucional, e motivar sua decisão⁵⁰⁴.

Importante diferença, entre declaração de inconstitucionalidade do controle difuso e a declaração de inconstitucionalidade do controle concentrado, é que aquela se dá de forma incidental num processo intersubjetivo, ao passo que esta é objeto mesmo de um processo abstrato, constituindo-se no seu pedido principal. Eis por que, em uma se declara a inconstitucionalidade da norma “pela via indireta” e na outra faz-se o mesmo “pela via direta”, através de ações constitucionais destinadas a este fim. Então não se trata de não incidência e não aplicabilidade, simplesmente, posto que é necessário declarar a inconstitucionalidade para poder não aplicar uma lei vigente, já que esta goza de presunção de validade.

O ato judicial, no qual se declara a inconstitucionalidade uma norma infraconstitucional primária, no controle judicial concreto da constitucionalidade, tem natureza jurídica de decisão interlocutória. E a questão de constitucionalidade será sempre devolvida no juízo *ad quem*, caso se maneje apelação (ou recurso similar, dependendo do

⁵⁰⁴ “Suscitada de qualquer forma a questão de inconstitucionalidade por ação, ou resultado pode ser positivo ou negativo, pode traduzir-se num juízo de inconstitucionalidade ou num juízo de não inconstitucionalidade. A esses juízos correspondem, contudo, decisões de natureza diversa consoante se trate de fiscalização concreta ou de fiscalização abstracta: - Na fiscalização concreta, decisão de não aplicação (desaplicação ou recusa de aplicação) de normas inconstitucionais ou, inversamente de aplicação com base em juízo de não inconstitucionalidade”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Teoria do estado e da constituição**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 502/503).

juízo no qual tramitou a ação) contra a sentença, por se tratar de matéria de ordem pública, que é devolvida para o tribunal de apelação, independentemente de impugnação.

Esta é a inteligência que se extrai do art. 1013. §1º, da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), segundo o qual: “Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento, pelo Tribunal, todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado”.

O fato do incidente de inconstitucionalidade ser julgado, na maioria das vezes, através de decisão interlocutória, não impede o juiz de julgá-lo, por ocasião da sentença, circunstância em que o recurso manejável será a apelação também, que permite o reexame da questão de constitucionalidade no segundo grau de jurisdição, seja a questão de constitucionalidade objeto da apelação, ou não.

Nos tribunais, por conta do princípio da reserva de plenário (art. 97 da Constituição da República, não há como a questão de constitucionalidade ser apreciada no bojo do acórdão que julga a causa ou o recurso, porque o incidente de inconstitucionalidade deverá ser julgado pelo pleno ou órgão especial do Tribunal, onde houver⁵⁰⁵.

Portanto, a sentença, na qual se pode julgar o incidente de inconstitucionalidade, é a sentença do processo de conhecimento, caso o juiz não tenha julgado o incidente por decisão interlocutória. Isso não retira a natureza jurídica de prejudicial de mérito da questão de constitucionalidade, e nem o caráter incidental do julgado da matéria em comento⁵⁰⁶.

Não pode o juiz deixar de enfrentar a questão constitucional, quando uma parte requerer a instauração de incidente de inconstitucionalidade, porque a questão constitucional deve ser julgada por se tratar de antecedente lógico necessário da questão

⁵⁰⁵ “Releva notar que, em sede de tribunal pleno ou órgão especial, suscitada, no voto de um dos juízes do colegiado, a questão de inconstitucionalidade da lei a aplicar, deve o Tribunal decidir a respeito. Omitindo-se e persistindo na omissão, viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV), sobretudo quando, com isso, possa obstruir o acesso da parte ao recurso constitucional”. (STRECK, **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, cit., p. 291).

⁵⁰⁶ “No processo que é instaurado para permitir a solução de conflito de interesses, a questão de constitucionalidade – seja arguida pela parte, terceiro, Ministério Público ou ainda aferida de ofício pelo juiz – é apreciada de forma incidental, como prejudicial à solução do litígio entre as partes”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 896).

de mérito (estrito senso)⁵⁰⁷, desde que a questão constitucional é uma questão prejudicial de mérito⁵⁰⁸.

Caso haja omissão do juiz, relativamente ao julgamento do incidente de inconstitucionalidade⁵⁰⁹, a sentença, que põe termo a prestação jurisdicional no primeiro grau, será passível de embargos de declaração, porque se na sentença, último ato prolatado pelo juiz singular, não consta o julgamento do incidente de inconstitucionalidade⁵¹⁰, então terá ocorrido erro *in procedendo*, por omissão sobre a questão de constitucionalidade na sentença, também – já que, na hipótese, o juiz não julgara a questão de constitucionalidade, antes de ter prolatado a sentença.

Entretanto, ainda que não se tenha interposto os embargos de declaração, o tribunal deve enfrentar a questão de constitucionalidade (não enfrentada no juízo *a quo*), se houver manejo de apelação, sem que nesse caso haja supressão de instância, porque matéria de ordem pública pode ser arguida em qualquer instância ou fase do processo, não sendo atingida pelo fenômeno processual da preclusão⁵¹¹, e nem induzindo nulidade da sentença. Inclusive, se a apelação não devolver a questão de constitucionalidade ao juízo *ad quem*, ainda assim o tribunal poderá (deverá) conhecer e julgar a questão de constitucionalidade, por se tratar a mesma de matéria de ordem pública.

6.2. Declaração de inconstitucionalidade incidental nas ações coletivas de competência originária do juiz singular

⁵⁰⁷ “Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura ‘antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica’”. (MENDES, **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 370).

⁵⁰⁸ “Quando a decisão depender prévia definição de dúvida constitucional, a solução da questão constitucional é prejudicial à decisão”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 896).

⁵⁰⁹ “Uma declaração *incidenter tantum* consiste na solução que o juiz dá a uma questão de fato ou de direito, quando fundamenta a decisão e não no momento em que decide a causa”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, VI II**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 156).

⁵¹⁰ “... a existência ou inexistência da *relação-mãe* será resolvida como mera *questão* entre os fundamentos da sentença, integrando-a *motivação* que conduz o juiz a concluir se existe ou não a obrigação afirmada pelo autor (o que ele fará no dispositivo da sentença). Haverá neste caso uma decisão *incidenter tantum* sobre a questão prejudicial”. (**Idem**, p. 156).

⁵¹¹ “É evidente que, por tudo isso, não como pensar em preclusão em relação à inconstitucionalidade da lei”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit, p. 904).

O estudo do método pelo qual se declara a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional primária não é de interesse meramente acadêmico. Na prática, a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional primária sequer se reveste da autoridade da coisa julgada, porquanto a coisa julgada torna imutável o dispositivo da sentença, o que se decidiu, e não a razão do decidir. É que o dispositivo da sentença guarda relação direta com o pedido principal, formulado na petição inicial, tendo em vista que o processo tem como resultado a procedência ou improcedência do pedido.

A causa de pedir, na qual se fundamenta o pedido do autor, não se torna imutável, após o trânsito em julgado da sentença; já que a causa de pedir tem relação direta com a razão de decidir; e, por isso, passa à margem dos limites objetivos da coisa julgada; porque, a causa de pedir se faz refletir no fundamento e não no dispositivo da sentença. Em sentido inverso, o pedido, cuja procedência ou a improcedência constitui o dispositivo da sentença, por se encontrar imerso nos limites objetivos da coisa julgada, torna-se imutável⁵¹².

Daí por que, a declaração incidental de constitucionalidade não se torna imutável, por força da coisa julgada, vez que, tendo sido declarada a inconstitucionalidade em um julgamento de um incidente do processo, ainda que a prejudicial de mérito seja julgada no mesmo ato da sentença, tal declaração faz parte da razão de decidir (do fundamento da sentença), e não se constitui naquilo que se decidiu, que consta do dispositivo da sentença.

No direito brasileiro, à luz do que dispõe o art. 503 do CPC/2015, a questão de constitucionalidade, como questão prejudicial que é, até poderia ser “arrastada” para o dispositivo da sentença, e, por conseguinte, ser impactada pela coisa julgada (efeito objetivo da decisão), com repercussão subjetiva, ou seja, entre as partes do processo.

No entanto, esse efeito jamais se dará nos incidentes de inconstitucionalidade, que, no controle difuso, são julgados como questão prejudicial de mérito, nas ações

⁵¹² “A imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o conteúdo da sentença, não os seus efeitos. Reveste-se, convém frisar, todo o conteúdo decisório. Deixa de fora a motivação, como a solução dada pelo juiz a cada uma das questões de fato e de direito, e mesmo a das questões prejudiciais (CPC, art. 469, II e III). Não deixa fora, entretanto, os elementos do decisum de natureza não puramente declaratória”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. AJURIS, Porto Alegre. n. 28., p 30, jul. 1983). O código referido pelo autor é de 1973, já revogado.

individuais; porque, na dicção do art. 503, parágrafo 1º, inciso III, do CPC/2015, a questão prejudicial de mérito somente se incorpora ao dispositivo da sentença, se o juízo prolator da sentença for o juízo competente para julgar a questão prejudicial de mérito, como questão principal.

O que não é o caso, porque só quem julga questão de constitucionalidade, na condição de questão principal, no sistema de controle judicial da constitucionalidade brasileiro, é o STF e os Tribunais de Justiça, que o fazem, em caráter abstrato, em sede das ações do controle concentrado da constitucionalidade⁵¹³.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado às ações coletivas (ação popular e ação civil pública), relativamente a questão de constitucionalidade, quanto à incidência do art. 503, parágrafo 1º, inciso III, da CPC/2015, até porque estas ações não podem ser manejadas contra lei em tese. Do contrário, haveria usurpação da competência do STF (e dos Tribunais de Justiça) – cujos julgados têm eficácia transcendente, tanto na fiscalização judicial difusa da constitucionalidade (recurso extraordinário com repercussão geral – no caso do STF), quanto na fiscalização judicial concentrada da constitucionalidade.

É dizer a nulidade do ato do Poder Público, objeto da ação coletiva, tem eficácia contra todos; porém, a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei, que se constituía no fundamento legal do ato, objeto da ação coletiva, se houver, não terá eficácia transcendente, porque não poderá ser “arrastada” para o dispositivo da sentença.

Historicamente, o controle judicial difuso da constitucionalidade foi concebido na forma incidental, desde o caso *Melbourne versus Madson*. Ali, o que se decidiu, incidentalmente (e, equivocadamente, como questão preliminar), foi que a lei não poderia ter ampliado a competência da Suprema Corte, cuja competência é disciplinada diretamente pela Constituição dos Estados Unidos da América. É que a lei do *writ* previu, que cabia àquela Corte, julgar a ação mandamental contra ato de determinadas

⁵¹³ “The Brazilian Constitution confers original and exclusive jurisdiction on the STF to decide the constitutionality of laws or decrees in the abstracts in three types of proceedings. These are the direct action of unconstitutionality, the declaratory action of constitutionality, and the action of unconstitutionality for omission”. (ROSENN, cit., p. 301).

autoridades. O writ emblemático não teve seu mérito julgado, porque a questão “preliminar” provocou o indeferimento liminar do mandado de segurança⁵¹⁴.

Note-se que, naquela época, não havia, no direito comparado, o controle judicial direto da constitucionalidade, que só apareceu mais de um século depois, na Constituição Austríaca, de forte influência kelseniana⁵¹⁵.

O direito brasileiro manteve os postulados básicos de ambos os métodos de fiscalização judicial da constitucionalidade, o difuso e o concentrado. O primeiro trata a questão de constitucionalidade como incidente do processo, e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade se dá sempre de forma incidental. O segundo resolve a questão de constitucionalidade como objeto do processo, uma vez que esta é deduzida em juízo como genuína lide constitucional, eis por que a inconstitucionalidade, neste método, é declarada pela via direta.

E ainda, segundo o sistema brasileiro de fiscalização constitucional, no controle judicial difuso da constitucionalidade, a questão de constitucionalidade da lei está imersa na razão de decidir; ao passo que, no controle judicial concentrado da constitucionalidade, a questão de constitucionalidade se consubstancia naquilo que se decide: é a própria decisão em si.

Na prática, declarar a inconstitucionalidade no dispositivo da sentença de um processo intersubjetivo, julgando o pedido formulado na inicial, na forma de pedido principal e não de incidente, é usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal para

⁵¹⁴ “No desenvolvimento de seu voto, Marshall dedicou a primeira parte à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na segunda parte, assentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Na última parte, enfrentou duas questões distintas: a de saber se o *writ o fmandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo. [...] A decisão foi estruturada em uma sequência ilógica e equivocada do ponto de vista do direito processual, pois deveria ter se iniciado e encerrado no reconhecimento da incompetência da Corte”. (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p.29/31).

⁵¹⁵ “Pensado inicialmente para exercer a fiscalização abstrata, principal e por via de ação, a breve trecho (desde 1929, na Áustria e, depois, noutras Constituições) passou o Tribunal Constitucional a intervir na fiscalização concreta, mediante a subida obrigatória de incidentes de inconstitucionalidade provenientes de quaisquer tribunais (firmando-se, pois, uma comunicação entre eles). (...) Concebido por Kelsen para a garantia objetiva da ‘razoabilidade’ de atos do Estado, depois da segunda guerra mundial tornar-se-ia sobretudo tribunal dos direitos fundamentais”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 129).

julgar as ações diretas, próprias controle concentrado. Isso não significaria apenas o desmonte do controle concentrado, mas comprometeria a sua própria existência.

E mais, mesmo que não houvesse controle judicial concentrado da constitucionalidade, seria demasiadamente antidemocrático permitir que a declaração de inconstitucionalidade, ocorrida em qualquer juízo, guardasse as mesmas características dos julgados do controle abstrato, motivo pelo qual os EUA, que adotam apenas o controle difuso, não admitem que a questão constitucional seja enfrentada de forma abstrata, nem mesmo nos julgados da Suprema Corte, embora estes tenham eficácia transcendente também quanto à questão de constitucionalidade⁵¹⁶.

Voltando ao controle incidental da constitucionalidade, realizado em sede de ação coletiva, de competência originária dos juízos monocráticos, tem-se que não há falar em eficácia transcendente da decisão sobre a questão constitucional; ainda que, para essas ações, face ao caráter coletivo das mesmas, a legislação tenha previsto eficácia transcendente das decisões finais, nelas prolatadas. Posto que é o dispositivo da sentença, proferida nesse tipo de ação, que tem eficácia *erga omnes*; e não o que se decidiu, em caráter incidental, como é o caso da questão de constitucionalidade.

Isso se aplica tanto à ação popular, conforme se apreende do art.18 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular): “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘*erga omnes*’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”; quanto à ação civil pública, consoante a inteligência do art. 16 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública): “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

⁵¹⁶ “Naturalmente, se a norma constitucional é considerada norma jurídica e, mais, é considerada superior à lei ordinária – e a Constituição é sempre considerada a lei fundamental de país –, então, necessariamente o juiz deve aplicar a norma constitucional e, conseqüentemente, recusar-se a aplicar a lei aprovada pelo governo ou pelo parlamento. Implícita ou explicitamente, o juiz está a considerar que a lei em questão é inconstitucional, está a fazer fiscalização de inconstitucionalidade, na medida em que, para afastar aquela lei, teve que previamente verificar se essa lei era desconforme à Constituição, se contrariava ou não norma constitucional”. (NOVAIS, cit., p. 30).

Embora, o legislador não tenha laborado em boa técnica, ao prever que a coisa julgada das ações coletivas teria eficácia transcendente, pois o que se quis estender a todos foi a eficácia do dispositivo da sentença (em sentido amplo), proferida em sede ação coletiva, não mais passível de recurso. É que a coisa julgada é a qualidade de imutabilidade, que se agrega aos dispositivos das sentenças de mérito transitadas em julgado. Isso não tem nada a ver com efeitos subjetivos transcendentais (ou não) da decisão transitada em julgado. Coisa julgada e eficácia da sentença transitada em julgados institutos processuais diferentes.

Na maior das vezes, as ações coletivas têm na causa de pedir a discussão da constitucionalidade da lei, que constitui fundamento de validade do ato atacado por esta via. Nesse compasso, a questão de constitucionalidade deve ser enfrentada como incidente do processo coletivo em epígrafe, exatamente como ocorre no processo individual, e não como objeto do processo em si, não só para atender a técnica incidental de declaração de constitucionalidade no controle judicial difuso, mas também para evitar que um juiz singular possa usurpar competência do STF (ou de Tribunal de Justiça), o que ocorreria se ele (o juiz) pudesse declarar, no dispositivo da sentença, a inconstitucionalidade da lei (como procedência do pedido principal), que fundamenta o ato público (cuja nulidade é o verdadeiro objeto da ação coletiva), porque uma vez operado o trânsito em julgado, os efeitos dessa sentença atingiria a todos.

Para evitar isso, não se permite o ataque à lei em tese, se não pela via do controle judicial concentrado/abstrato de constitucionalidade⁵¹⁷. E mesmo onde não há controle judicial abstrato da constitucionalidade, como nos EUA, nem se cogita ataque à lei em tese – cuja validade somente poderá ser questionada pela via incidental –, de forma que a lei só será expurgada do ordenamento jurídico após decisão irrecorrível da Suprema Corte, prolatada em sede de um processo concreto, em atenção à doutrina do *stare decisis*⁵¹⁸.

No Brasil, nenhuma ação pode ter como objeto a validade da lei, salvo as ações do controle direto de constitucionalidade. Assim, é perfeitamente possível haver controle

⁵¹⁷ “Like the writ of security, the popular action cannot be used to challenge the constitutionality of a law in the abstract”. (ROSENN, cit., p. 298).

⁵¹⁸ “Foi precisamente isto que os juizes americanos, designadamente o Supremo Tribunal, começaram a fazer desde 1803, e, repita-se, foi dessa forma que, mesmo no silêncio da Constituição, nasceu, como inevitabilidade, a fiscalização judicial das leis”. (NOVAIS, cit., p. 30).

difuso em sede de ação coletiva, cuja competência originária é de um juízo monocrático⁵¹⁹, independentemente do tratamento dado pelo CPC de 2015, às questões prejudiciais de mérito, e da disciplina legal das ações coletivas, relativamente à eficácia transcendente do que nelas é decidido.

É que tanto em uma ação popular quanto em uma ação civil pública, a questão da constitucionalidade será discutida (e decidida) como incidente do processo. E não se estará atacando a lei, em tese, por via de ação coletiva, mas sim o ato do Poder Público, que se fundamenta lei em comento.

Logo, a declaração incidental de inconstitucionalidade, proferida em sede de ação coletiva, não se revestirá do manto da coisa julgada, porque se constituirá na *ratio decidendi* da sentença (*latu sensu*), não cabendo aplicar o que dispõe o *caput* do art. 503 do CPC de 2015, por conta do disposto no parágrafo 1º, inciso III, deste mesmo artigo, que exclui incidência do *caput* da norma em comento, na hipótese de o juízo, prolator da decisão final, não ser o juízo competente para julgar a questão de constitucionalidade como questão principal.

Tal inteligência deve ser aplicada em caso de interposição de apelação contra sentença, prolatada em sede de ação coletiva, de competência do Tribunal Justiça Estadual, caso o incidente de inconstitucionalidade não tenha como paradigma constitucional, uma norma da Constituição do Estado, porque nesta hipótese o Tribunal não é competente para julgar a prejudicial de inconstitucionalidade como questão principal; ainda que se parta da premissa óbvia de que um ato público estadual tenha uma lei estadual como seu fundamento de validade; o que, por analogia ocorreria de igual forma relativamente a um ato público municipal.

⁵¹⁹ “Nas ações civis públicas sob exame, o seu objeto é uma pretensão, certo que o pedido de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, é fundamento jurídico do pedido, assim, causa petendi. A declaração de inconstitucionalidade será decidida, portanto, incidentalmente, constituindo questão prejudicial, se a tanto entender necessários o juízo. Noutras palavras, o objeto da ação não é, unicamente, a declaração de inconstitucionalidade. É dizer, a declaração de inconstitucionalidade não se constitui no próprio pedido da ação civil pública, mas, conforme foi dito, em causa de pedir, como acontece, comumente, nos processos de mandado de segurança, ação popular etc. ora, consagra a nossa Carta – é um truísmo a afirmativa – o controle de constitucionalidade difuso, que se realiza num caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal. Negar ao juiz ou ao tribunal, no caso, efetivar tal controle, importa implicar maus tratos da Constituição”. (Voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento da Reclamação 1460. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365660>>. Acesso em: 23. jun. 2016).

Na hipótese de o Tribunal de Justiça ser competente para julgar a prejudicial de constitucionalidade como questão principal, independentemente de a norma constitucional paradigmática ser ou não uma norma de repetição obrigatória da Constituição da República da Constituição do Estado, mesmo assim o art. 503, *caput*, do CPC de 2015 não incidirá; porque o tribunal local não decide matéria constitucional, como questão principal, em sede de apelação.

Entender o contrário é dar a qualquer tribunal local a competência para fazer o controle abstrato/concentrado de norma infraconstitucional em face da Constituição da República, caso se trate de norma da Constituição do Estado de repetição obrigatória da Constituição da República. Ou seja, é usurpar competência constitucional do STF, prevista no art. 102, I, 'a' da Constituição.

E ainda que o incidente de inconstitucionalidade não tenha como paradigma uma norma constitucional estadual de repetição obrigatória da Constituição da República, não há respaldo no ordenamento jurídico brasileiro para se dar eficácia transcendente às decisões exaurientes dos tribunais estaduais, proferidas em sede de jurisdição constitucional difusa, como há relativamente às decisões do STF, prolatadas em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (e/ou repetitivos), ou que venham a ser objeto de súmula vinculante.

É dizer não haverá eficácia *erga omnes* do que se decidir no julgamento do incidente de inconstitucionalidade, suscitado numa ação coletiva, a menos que a questão constitucional seja carreada ao STF, por meio de recurso extraordinário, com repercussão geral, cujo julgado, aí sim, terá eficácia transcendente, não por incidência do disposto no *caput* do art. 503 do CPC de 2015, mas sim pelo o que dispõe o § 11 do art. 1035, cumulado com o art. 927, IV, ambos do mesmo código.

6.3. Disciplina jurídica da fiscalização constitucional nos tribunais de “apelação”, conforme o Código de Processo Civil de 2015

Este estudo rejeita o termo tribunal de segundo grau, porque o grau de jurisdição não necessariamente guarda relação com as instâncias do Poder Judiciário. É que, não é incomum que, regras, não ordinárias de competência jurisdicional, determinem que o

primeiro grau de jurisdição se dê no âmbito de um tribunal de segunda instância, de um tribunal superior e até do Supremo Tribunal Federal. Eis o motivo de se preferir o termo tribunal de segunda instância, os quais são competentes para julgamento das apelações, que representam a maioria dos recursos, ditos ordinários, do sistema judicial brasileiro, sem embargo destes tribunais também exercerem competência originária para julgar determinadas matérias (ou razão da pessoa).

Os recursos ordinários, que permitem o reexame da matéria de fato e de provas, previstos no ordenamento jurídico brasileiro são: apelação cível, apelação criminal, recurso ordinário trabalhista, recurso ordinário eleitoral, recurso ordinário constitucional e o recurso inominado no âmbito dos juizados especiais. Quase a totalidade deles são julgados pelos tribunais de segunda instância, ou seja, tribunais de justiça, tribunais regionais do trabalho, tribunais regionais federais e tribunais regionais eleitorais.

Contudo, os recursos inominados dos juizados especiais não são julgados por tribunais, mas sim por turma de juízes, tanto no âmbito estadual (Art. 41. [...] §1º. O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. [Lei 9099/95]), quanto no âmbito federal (Art. 21. As turmas recursais serão instituídas por decisão do Tribunal Regional Federal, que definirá sua composição e área de competência, podendo abranger mais de uma seção. [Lei 10259/2001]).

Interessa, neste momento, a análise da questão constitucional, no segundo grau de jurisdição, que se dá em tribunais, ditos de “apelação”. O recurso capaz de devolver o conflito de interesse de cunho constitucional, ao órgão judicial *ad quem*, é a apelação, cível ou criminal, federal ou estadual, e os recursos similares da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho, que são o recurso ordinário eleitoral e o recurso ordinário trabalhista, respectivamente. Reforçando o registro de que, há ainda o recurso inominado dos Juizados Especiais, estaduais ou federais, cíveis ou criminais, que são julgados por turmas, compostas por juízes, e não por tribunais.

Tratando-se a questão constitucional de matéria de ordem pública, não haverá necessidade de manejo de agravo, no processo cível, para se provocar reexame do incidente de inconstitucionalidade, ainda que este tenha sido julgado por juízo

monocrático, através de decisão interlocutória⁵²⁰; uma vez que, eventual decisão dessa natureza não se torna pacificada pela preclusão⁵²¹, já que o manejo da apelação devolve toda matéria de ordem pública para o juízo *ad quem*.

É esta a inteligência do art. 1013, parágrafo 1º do CPC de 2015 – “Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado”.

Mas, se houver interposição de agravo, em que pese o equívoco da medida, esta deve ser feita na forma retida, porque é incabível o manejo de agravo, no caso em tela, por não se enquadrar a matéria em nenhuma das hipóteses do art. 1015, do CPC de 2015, que respalde a utilização do agravo, na forma instrumental. Desta feita, a questão constitucional deverá ser enfrentada nos tribunais de segunda instância, no bojo da apelação e de recursos similares a ela, ou no âmbito da competência originária desses tribunais.

O CPC de 2015 disciplina o julgamento do incidente de inconstitucionalidade nos tribunais nos artigos 948 a 950. Suscitada a questão constitucional, a câmara (ou outro órgão fracionário do tribunal, se houver), depois de ouvir o agente ministerial, deverá decidir sobre o incidente. Se o incidente for rejeitado, o julgamento do recurso (ou da ação) deve prosseguir. Acatado o incidente, o processo deve ser encaminhado ao Pleno (ou órgão especial) do Tribunal, para que este julgue a questão constitucional.

É que a reserva constitucional de plenário (art. 97 da CF/88) não permite que órgão fracionário declare a inconstitucionalidade de lei⁵²²⁵²³. Contudo, se já houver o pleno (ou o órgão especial) do Tribunal, em que tramita a ação ou o recurso, ou o STF se manifestado pela inconstitucionalidade da mesma lei, objeto do incidente, pode o órgão

⁵²⁰ “O juiz de 1.º grau pode declarar a inconstitucionalidade da lei em qualquer fase do processo”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 900).

⁵²¹ “Pela mesma razão, os Tribunais Estaduais e Regionais Federais, em relação à matéria que lhes é submetida mediante recurso, podem suscitar o incidente de inconstitucionalidade de ofício, ainda que nada tenha sido dito pelo recorrente”. (*Idem*, p. 900).

⁵²² “*Collegiate tribunals, however, need an absolute majority of the full court or of a special organ of the tribunal to declare a statute unconstitutional unless the STF, sitting and banc, has already declared the statute unconstitutional*”. (ROSENN, cit., p. 293).

⁵²³ As turmas recursais dos juizados especiais não são tidas como órgãos fracionários de tribunais, mesmo porque são compostas por juízes de piso. Nesse sentido: “A institucionalização das Turmas Recursais suscitou discussão a respeito da aplicação da cláusula da reserva de plenário”. (MENDES e STRECK. Comentário ao artigo 97. In: CANOTILHO; MENDES; SARLETE; STRECK, cit., p. 1335).

fracionário não aplicar a lei, baseado no precedente, e prosseguir no julgamento do recurso (ou da ação). O mesmo se diga quanto a rejeição do incidente de inconstitucionalidade, caso já haja manifestação do tribunal, ao qual pertence a câmara, em que tramita a apelação, ou do STF, no sentido da constitucionalidade da norma infraconstitucional, objeto do incidente.

No julgamento do incidente de inconstitucionalidade pelo Pleno (ou pelo órgão especial) do Tribunal, o Ministério Público deverá ser ouvido, na hipótese em que o mesmo já funcionar nos autos como *custos legis*. Já as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato atacado no incidente de inconstitucionalidade, devem requerer para se manifestar nos autos, respeitados os prazos e demais formalidades do regimento interno de cada tribunal. O mesmo se diga dos legitimados para propositura das ações próprias do controle concentrado, que poderão inclusive apresentar memoriais e requerer juntada de documentos.

Por fim, a lei prevê a participação de *amicus curiae*, nos termos do art. 950, parágrafo 3º do CPC – “Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Isso decorre de a legislação, atinente ao julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade, no que tange aos efeitos de suas decisões, se coadunar ao gradativo e permanente processo de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade; daí por que, há possibilidade de participação da pessoa jurídica de direito público, emitente do ato (cuja constitucionalidade está sendo questionada), em obediência a um contraditório inerente as ações do controle concentrado; se prevê a atuação dos órgãos legitimados para propositura das ações do controle objetivo; e se dá oportunidade aos “amigos da corte” de participarem do julgamento.

A decisão incidental não desafia recurso extraordinário para o STF. Esse recurso só será interposto após o julgamento da apelação pelo órgão fracionário do tribunal. O mesmo ocorre com os incidentes de inconstitucionalidade, que forem instaurados nos autos de ações de competência originária dos tribunais de apelação, independentemente de ser ou não o pleno (ou o órgão especial – Art. 93, XI, da CRFB) o competente para julgar as próprias ações.

Interpõe-se recurso extraordinário contra a decisão final, prolatada pelo órgão fracionário do “tribunal de “apelação”, ainda que o fundamento da interposição do recurso extraordinário seja o que se decidiu no incidente de inconstitucionalidade (Súmula – STF/513)⁵²⁴.

Nas turmas recursais de juizados especiais federais e estaduais, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade se faz a semelhança do que é feito nos juízos monocráticos. Ao microsistema dos juizados especiais não se aplica o CPC, na maior das vezes, inclusive nesta.

Não há falar em reserva de plenário porque turma recursal não é tribunal⁵²⁵. Não se cogita de oitiva de órgão ministerial, como *custos legis*, salvo se o recurso inominado for oriundo de juizado especial criminal; e nem de oitiva do órgão produtor da norma primária atacada no incidente; e muito menos sobre a possibilidade de “intervenção” dos legitimados para propositura das ações do controle concentrado e de *amicus curiae*. Entender o contrário é espancar os princípios que regem os juizados especiais, ou seja oralidade, celeridade e simplicidade⁵²⁶.

O regramento aqui exposto se aplica ao processo penal, ao processo trabalhista e processo eleitoral, por força da incidência subsidiária do CPC, ao qual cabe a uniformização do rito pertinente ao julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade, que se dão nos tribunais justiça, tribunais regionais federais, tribunais regionais eleitorais e tribunais regionais do trabalho⁵²⁷.

⁵²⁴ “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 901).

⁵²⁵ “A regra da chamada reserva do plenário para declaração de inconstitucionalidade (CF97) não se aplica, deveras, às Turmas Recursais de Juizado Especial”. (NERY Jr. e Nery, **Constituição Federal Comentada**, cit., p. 611).

⁵²⁶ “Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação”. (____Lei Nº 9.099/1995 de 26 de setembro de 1995. In: <https://legis.senado.leg.br> > legislação).

⁵²⁷ “O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais do Brasil, pode desempenhar controle incidental de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição. É certo, contudo, que tal faculdade, será, como regra, exercida nas causas de sua ‘competência originária’ (CF, art. 105, I) ou naquelas que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário (CF, art. 105, II)”. (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 126).

6.4. Possibilidade de fiscalização judicial difusa da constitucionalidade nos tribunais superiores

Com o advento da Constituição de 1988, e com claro intuito de efetivação dos direitos fundamentais, abriu-se um leque de instrumentos à disposição do indivíduo e da sociedade como um todo para a busca da efetivação desses direitos. Isso é reflexo do evidente contributo do constituinte de 1988 para afirmação da força normativa da Constituição⁵²⁸.

A fiscalização da constitucionalidade, exercida pelos tribunais superiores, é mais um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, garantindo aos tribunais superiores, no exercício de sua competência originária, recursal ou sede de reexame necessário, quando da análise incidental da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais primários. Registre-se, contudo, que, por força das hipóteses de cabimento para o manejo do recurso especial (e dos recursos congêneres), é rara a possibilidade de haver controle incidental de constitucionalidade nessa modalidade recursal, posto que, estes recursos se prestam ao controle da legalidade, cuja palvara final é dos tribunais superiores, aos quais compete a uniformização da jurisprudência sobre lei e/ou atos normativos com força de lei.

Com a eficácia transcendente, emprestada aos recursos extraordinários, julgados pelo STF, com repercussão geral, todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive os tribunais superiores, restam impactados pela razão de decidir do recurso em comento⁵²⁹. Eis por que, mais raro ainda será o exercício da jurisdição constitucional por um tribunal superior, principalmente, em sede de recurso especial (e seus congêneres).

A jurisdição constitucional, nos tribunais superiores, também deverá respeitar a cláusula de reserva de plenário, estabelecida no art. 97 da Constituição da República (“Somente pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo órgão

⁵²⁸ “Não é difícil perceber que a Constituição de 5 de outubro de 1988 desenha um sistema político de democracia social. Nesse sentido, dá ela prosseguimento à tendência iniciada com a Constituição de 1934, que marcou a adesão do nosso constitucionalismo ao modelo **weimariano**, porém na vertente contemporânea da chamada democracia participativa”. (RAMOS, cit., p. 357).

⁵²⁹ “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Este instrumento (recurso extraordinário) deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”. (MENDES, Gilmar. In: **Caderno de Direito Constitucional**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006, p.82.).

especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”).

Assim, caberá ao Tribunal Pleno ou ao seu órgão especial, onde houver (Art. 93, XI da Constituição da República), pelo voto da maioria de seus membros, realizar o controle da constitucionalidade das leis. A exigência desse quórum se dá em razão da presunção de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais primários.

Nesse sentido, destaca-se a Súmula Vinculante n. 10/STF, que reforça o entendimento que a cláusula de reserva de plenário é condição de eficácia da declaração de inconstitucionalidade: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Porém, a fim de racionalizar o exercício da jurisdição constitucional nos tribunais, a jurisprudência pátria já vinha firmando o entendimento da desnecessidade da aplicação do procedimento do art. 97, caso já houvesse decisão do órgão especial ou pleno do próprio tribunal, ou do STF sobre a matéria⁵³⁰. O que veio a ser confirmado pela legislação pertinente, nos termos do Parágrafo Único do art. 949 do Código de Processo Civil de 2015⁵³¹.

Ainda sobre a não incidência da cláusula de reserva de plenário, pode-se afirmar que esta regra não será observada, caso o órgão fracionário do tribunal entenda pela constitucionalidade do ato normativo infraconstitucional primário impugnado, uma vez que o art. 97 da Constituição da República se aplica apenas na hipótese de declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, também não será observado o disposto no art. 97 da Constituição da República, nas questões que versem sobre normas anteriores à promulgação dela

⁵³⁰ “A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC.” (ARE 914045, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgamento em 15.10.2015, **DJe de 19.11.2015**, com repercussão geral - tema 856)

⁵³¹ “Art.949. 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”. (_____ Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

(Constituição)⁵³², e em questões de interpretação conforme a Constituição, pois, em ambas as situações, não haverá declaração de inconstitucionalidade do ato normativo infraconstitucional primário. Na primeira hipótese, o incidente é resolvido sob a ótica do direito intertemporal (recepção ou não recepção da norma infraconstitucional primária); e na segunda, soluciona-se a questão de constitucionalidade, sob a perspectiva exegetica de conformidade com a Constituição.

6.5. Incidente de arguição de inconstitucionalidade nos processos de competência originária dos tribunais superiores.

Nos processos, que tramitam na primeira instância judicial do Brasil, não há nenhum procedimento em especial para a declaração da inconstitucionalidade, sendo a matéria tratada como questão prejudicial mérito, em sede de sentença (ou antes, por decisão interlocutória), produzindo efeitos apenas dentro do processo, não formando coisa julgada, conforme dicção do Art. 503, § 1º, III, do Código de Processo Civil.

Já a declaração de inconstitucionalidade, a cabo dos tribunais superiores, em decorrência de competência originária ou recursal, deve seguir o procedimento contido nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil.

Quanto à legitimidade para suscitar o incidente de inconstitucionalidade, no silêncio da legislação especificamente sobre isso, tem-se como legitimados todos os integrantes da relação processual, no curso da qual se dê o incidente, havendo uma legitimação ampla, e não poderia ser diferente, posto que tal incidente pode ser instaurado de ofício, ou a requerimento das partes.

Não há falar em preclusão para a instauração do incidente, que pode ser suscitado até mesmo via oral pelas partes, ou pelos juízes integrantes da turma ou de outro órgão

⁵³² “A cláusula de reserva de plenário (fullbench) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição. 2. As normas editadas quando da vigência das Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97, da CF”. (Precedentes: AI-AgR 582.280, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, **DJ 6.11.2006** e AI 831.166- AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, **DJE de 29.4.2011**).

fracionário do tribunal superior, desde que antes do julgamento do recurso, do reexame necessário ou do processo de competência originária.

De acordo com o artigo 948 do Código de Processo Civil⁵³³, após a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, caberá ao relator, após oitiva do Ministério Público, submeter a questão à turma competente para julgar a ação.

Mesmo não havendo previsão legal para a manifestação das partes que não suscitaram o incidente, mas em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, cabe ao relator do processo, caso o incidente tenha sido suscitado pelo recorrente, fixar prazo razoável, para manifestação do recorrido; sendo que, caso não haja fixação de prazo, deve-se aplicar a regra geral do artigo 218, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015⁵³⁴, com prazo de cinco dias. O mesmo deve se dar quanto ao recorrente, na hipótese de o incidente ter sido suscitado pelo recorrido.

Tal prazo não será devido, se o relator indeferir liminarmente o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos casos previstos no artigo 949 do Código de Processo Civil de 2015. Essa decisão monocrática desafia a interposição de agravo interno para o órgão colegiado, na forma do artigo 1021 do Código de Processo Civil⁵³⁵.

Não sendo caso de julgamento monocrático, que é a regra, após a oitiva do Ministério Público, também no prazo de cinco dias, a turma deve manifestar-se acerca da admissibilidade do incidente, devendo ater-se essencialmente às suas hipóteses de cabimento, já que o órgão fracionário não apreciará a questão constitucional em si, sob pena de violar a cláusula de reserva de plenário.

No que tange à rejeição do incidente de arguição de inconstitucionalidade, esta pode se dar na análise da admissibilidade do incidente, na hipótese de seu não cabimento, ou no julgamento de mérito do incidente, caso a lei seja declarada constitucional, pela turma. Como já visto, é possível que o próprio órgão fracionário julgue constitucional a

⁵³³“Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo”. (_____ Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

⁵³⁴ “Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. (...) § 3o Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”. (**Idem**)

⁵³⁵ “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal”. (**Ibidem**).

norma infraconstitucional primária, sem que haja ofensa à reserva de plenário. Dessa forma, dar-se-á seguimento ao julgamento do recurso, do processo de competência originária do tribunal e do reexame necessário.

Caso seja admitido incidente de arguição de inconstitucionalidade, o incidente será submetido ao pleno ou órgão especial. É que a decisão do órgão especial ou do pleno, que deve ser tomada por maioria simples, se restringirá apenas à questão de constitucionalidade, ficando o processo sobrestado até a decisão do incidente, em razão do caráter prejudicial da arguição.

Em sendo admitido o incidente processual, o artigo 950 do Código de Processo Civil, prevê que seja enviada a cópia do acórdão a todos os juízes (ministros), que compõem a turma ou o órgão especial, devendo o presidente do tribunal marcar a sessão de julgamento⁵³⁶.

No julgamento do incidente, todos os legitimados para o controle abstrato no artigo 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se por escrito, apresentando memoriais e juntando documentos, conforme artigo art. 950, § 2º, do Código de Processo Civil⁵³⁷. Isso é consequência da abstrativização do controle judicial concentrado.

Há ainda previsão legal para que se permita o ingresso de *amicus curiae* no incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do 950, § 3º do Código de Processo Civil⁵³⁸, contra a qual não caberá recurso, ainda que se trate de atecnia processual, por parte do legislador, haja vista que a decisão, que admite o *amicus curiae* no processo, tem caráter de decisão interlocutória. Isso, igualmente, é consequência da abstrativização da fiscalização judicial concreta da constitucionalidade.

Para a declaração de inconstitucionalidade da norma no incidente processual, é necessária a manifestação da maioria absoluta dos ministros, que compõem o tribunal pleno ou o órgão especial, tendo o julgamento natureza dúplice, declarando,

⁵³⁶ “Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento”. (**Ibidem**).

⁵³⁷ “Art.950 § 2º. A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos”. (**Ibidem**).

⁵³⁸ “Art.950. § 3o Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. (**Ibidem**).

necessariamente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. A despeito disso, qualquer resultado vinculará a turma julgadora, quanto a questão constitucional.

Trata-se, portanto, de julgamento objetivamente complexo, sendo pacífico que, para que haja interposição de recurso extraordinário, é necessário, sob pena do não conhecimento deste recurso, a instrução do mesmo com cópia da decisão do incidente de arguição de inconstitucionalidade e da decisão do mérito da causa, haja vista ser necessário a integralidade do julgamento para admissão do recurso extraordinário.

Da decisão do Plenário ou órgão especial que julgar o incidente de inconstitucionalidade caberá apenas embargos de declaração⁵³⁹. Contudo, caso haja interposição de recurso extraordinário, a decisão proferida no incidente de arguição de inconstitucionalidade, poderá ser revista em razão do caráter translativo do recurso, e porque questão constitucional é matéria de ordem pública, sobre a qual não recai preclusão.

No que diz respeito à eficácia da decisão, proferida no incidente de arguição de inconstitucionalidade, a doutrina majoritária atribui eficácia *intra partes* à decisão proferida em sede de controle difuso. Portanto, a coisa julgada não alcançará a declaração de inconstitucionalidade da lei, ocorrida em processo de competência originária ou recursal ordinária dos tribunais superiores. É que os tribunais superiores não são competentes para julgar a questão constitucional como questão principal, daí por que incide, novamente, o disposto no Art. 503, parágrafo 1º, inciso III do CPC⁵⁴⁰.

Contudo, decisão proferida pelo pleno ou órgão especial, de tribunal superior (e até de tribunal de “apelação”), em sede de fiscalização difusa da constitucionalidade, ainda que não disponha de eficácia transcendente, serve de fundamento para julgamento monocrático de recurso ordinário constitucional, interposto no STJ, em razão de a questão de constitucionalidade, já ter sido decidida pelo órgão especial do tribunal (inteligência do Art. 932, inciso IV, alínea “a” do CPC – “Incumbe ao relator: [...] IV - negar

⁵³⁹ “A decisão a respeito da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade é irrecorrível, salvo por embargos de declaração”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 916).

⁵⁴⁰ “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1o O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: (...) III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal;”. (_____, Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal).

A jurisprudência do STF, também se orienta neste sentido, de forma que, esgotada a decisão nos plenários dos tribunais superiores, não é necessária nova apreciação pelo mesmo órgão⁵⁴¹.

Obviamente que, o dispositivo processual civil em comento não se aplica na hipótese de interposição de recurso especial para o STJ, ou de recurso similar para outros tribunais superiores, porque tais recursos não têm como objeto a questão constitucional, uma vez que o controle da constitucionalidade pela via recursal excepcional é de competência do STF, por meio do recurso extraordinário; ao passo que, aos tribunais superiores cabe o controle de legalidade, pela via de recuso especial ou similar, como se demonstrará amiúde no próximo tópico deste capítulo.

6.6. Fiscalização incidental de inconstitucionalidade, em sede de recurso especial

O recurso especial tem sua fundamentação vinculada às matérias previstas no artigo 105, III, em suas alíneas a b e c, da Constituição República. Percebe-se que o STJ, na apreciação do recurso especial, exerce a função de uniformização da jurisprudência pátria, no que tange ao controle de legalidade, e apenas, indiretamente, tutela os interesses das partes da relação processual. A impossibilidade reexame probatório no recurso especial reafirma esta exegese, bem como a não previsão de efeito suspensivo automático. Desta feita, o recurso especial se caracteriza como um recurso de estrito direito ou de efeito devolutivo restrito.

É de grande importância no estudo do direito constitucional pátrio, a discussão acerca da possibilidade de o controle difuso da constitucionalidade ser realizado pelo STJ, em sede de recuso especial. Nesse contexto, é imprescindível determinar se o recurso especial terá efeito translativo ou não. O que se cogita é sobre a possibilidade do Superior

⁵⁴¹ RE 617389 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012 – Processo eletrônico **DJe-099, Divulg. 21-05-2012, Public. 22-05-2012**: “(...) III –A existência de orientação do Plenário da Corte sobre a questão constitucional debatida legitima o julgamento monocrático do recurso nos termos do art. 557 do CPC. IV -Agravo regimental improvido”.

Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial, reconhecer de ofício as matérias de ordem pública, dentre elas a inconstitucionalidade dos atos normativos.

A problemática é relevante, haja vista que o recurso especial exige o prequestionamento para seu cabimento, sendo esta exigência de cunho constitucional, que prevê ser cabível o recurso especial contra as questões já decididas. De forma que, reconhecendo o efeito translativo no recurso especial, o STJ estaria conhecendo de uma matéria que não fora apreciada pelo juízo *a quo* até então, não estando prequestionada, não sendo possível, portanto, seu conhecimento de ofício, por ser incompatível com o regramento constitucional, restando como única forma de realizar o questionamento da constitucionalidade do ato normativo a ação rescisória. Assim, inclusive o conhecimento das matérias de ordem pública ficaria subordinado ao prequestionamento, em razão do já ventilado efeito devolutivo restrito.

Outro argumento sobre a ausência de translatividade no recurso especial, é que a legislação, que permite o afastamento da preclusão, e, conseqüentemente, o conhecimento da matéria de ordem pública de ofício, em qualquer grau de jurisdição, não se aplica às instâncias extraordinárias, sob pena de desvirtuar o caráter excepcional do exercício da jurisdição, por instância não ordinária.

Com a devida vênia, a impossibilidade de conhecimento de matérias de ofício, no recurso especial, é entendimento que não deve prosperar. A priori, o instituto da preclusão não prejudica o conhecimento das matérias de ordem pública, a qualquer tempo ou em qualquer grau de jurisdição, mesmo que de ofício, devido ao princípio da prevalência do interesse público sobre o privado. Deve-se entender que, as matérias referentes ao interesse predominantemente estatal não sejam desatendidas, diante da falta de manifestação da parte, como é o caso de questão constitucional.

Em verdade, exigir pré-questionamento de questão constitucional no tribunal *a quo*, como condição de procedibilidade do incidente, em sede de recurso especial, implica desmontar o sistema recursal de fundamento constitucional do direito brasileiro, caso a questão de constitucionalidade não tenha sido julgada no tribunal *a quo*.

É que a questão constitucional, julgada no tribunal de apelação, só poderá ser objeto de recurso extraordinário, de competência do STF. Nesse sentido, o STJ, só pode e deve julgar o incidente de inconstitucionalidade, em sede de recurso especial, que não

tenha sido objeto de decisão do Tribunal *a quo*. É que o manejo de recurso especial, em vez de recurso extraordinário, com o fim de rediscutir questão constitucional no STJ, já julgada no tribunal *a quo*, constitui inadequação da via recursal eleita, embora passível de fungibilidade⁵⁴².

Assim, na esteira do entendimento de que o recurso especial possui efeito translativo, quanto às matérias de ordem pública, não discutidas no tribunal de apelação, cabe aos tribunais superiores o controle de constitucionalidade incidental, sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, que prevê em seu art. 1084, que compete ao STF e ao STJ, no conhecimento dos recursos extraordinário e especial, respectivamente, aplicar o direito⁵⁴³.

Deve-se atentar que há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o alcance da expressão “aplicar o direito”. Para o STF, tal regra permite a adoção de fundamentos outros, que não os adotados pela decisão recorrida, muito embora não inviabilize a remessa dos autos à instância ordinária, para que esta o faça⁵⁴⁴. De outra sorte, o STJ reconhece efeito devolutivo amplo ao recurso especial, inclusive para conhecimento de matéria de ordem pública, não prequestionada, tal como a arguição de inconstitucionalidade, desde que não decidida pelo tribunal *a quo* – situação esta, que desafiaria interposição de recurso extraordinário no STF⁵⁴⁵.

⁵⁴² “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”. (____ Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

⁵⁴³ “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. (**Idem**).

⁵⁴⁴ (EDcl no AgRg no RE 346.736, Segunda Turma, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 18.6.2013: “3. Esse ‘julgamento da causa’ consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, “conhecido” o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz”).

⁵⁴⁵ “1. Esta Corte não pode conhecer do recurso especial por violação de dispositivo da Constituição da República, mas nada a impede de interpretar norma constitucional que entenda aplicável ao caso para chegar à conclusão do julgado. Trata-se de aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça-RISTJ e da Súmula 456 do STF”. (Segunda Turma, AgRg no REsp 1.164.552, rel. Min. Castro Meira, DJ de 15.12.2009. No mesmo sentido: Segunda Turma, EDcl no nos EDcl no REsp 1.051.802, rel. Min Castro Meira, DJ de 23.6.2009).

Aduz o Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 1.032 e 1.033⁵⁴⁶, que é possível a fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, solução dada pelo legislador com o intuito de evitar a paradoxal situação, citada pelo ministro Luís Felipe Salomão, na qual o STJ se absteve de julgar o mérito recursal, sob argumento de que o tribunal não pode se debruçar sobre eminentemente contencioso constitucional⁵⁴⁷; e que o STF, ao se deparar com o recurso extraordinário, interposto concomitantemente, afirmou a existência de mera "ofensa reflexa" à Constituição.

De acordo com os dispositivos legais em análise, a parte delimitará seu inconformismo com a decisão recorrida, através do recurso que julgar pertinente; sendo que, caso o STJ entenda, no julgamento do mérito recursal, que há matéria de competência do STF, realizará a conversão do recurso especial em recurso extraordinário, concedendo prazo ao recorrente, a fim de que este se manifeste sobre a repercussão geral, após o que, remeterá o processo ao STF.

A questão suscitada é se tais disposições legislativas consolidarão ou não a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade, a cabo do STJ. Tem-se que, essas normas não influenciarão o controle incidental da constitucionalidade, realizado pelo STJ; pois, ainda que o tribunal entenda que a questão constitucional não é incidental, porém, essencial ao deslinde da ação, não irá rejeitar o recurso como outrora; mas sim remeter os autos ao STF, a quem compete o controle da constitucionalidade, pela via recursal excepcional.

Acrescente-se que, se a questão constitucional, ventilada no recurso especial, já tiver sido objeto de recurso extraordinário, não haverá como o STJ exercer jurisdição constitucional, porque sua atuação estará adstrita à razão de decidir do recurso extraordinário, julgado pelo STF, por força da eficácia transcendente, decorrente da cláusula de repercussão geral, inerente aos recursos extraordinários, caso este recurso

⁵⁴⁶ “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”. (Idem).

⁵⁴⁷ Cf.: RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO.

tenha sido julgado antes do recurso especial. Esta é a dicção do art. 927, inciso IV⁵⁴⁸, cumulado com o art. 1.035, parágrafo 11, ambos do CPC de 2015⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...]; IV - **os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional**; [...]”. (____ Lei n. 13.195. Código de Processo Civil. In: Diário Oficial da União, Brasília, Seção I, p.1 (publicação original), 17 de março de 2015).

⁵⁴⁹ “Art. 1.035. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. [...] § 11. **A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão**”. (Ibidem).

7. Controle jurisdicional difuso da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

O STF exerce função de corte constitucional, na fiscalização constitucional abstrata e na fiscalização constitucional concreta, “em última instância” (recurso extraordinário); em que peso o Tribunal também tenha competência originária – diversa da jurisdição constitucional abstrata – e tenha competência recursal ordinária, hipóteses nas quais a questão constitucional é matéria de incidente de constitucionalidade.

O controle judicial difuso da constitucionalidade, no direito brasileiro, é exercido por todos os órgãos jurisdicionais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, seja nas ações de competência originária do Tribunal, diversas das ações do controle direto; seja na competência recursal (ordinária e extraordinária) do Tribunal, nos termos dos incisos I (exceto a alínea ‘a’), II e II do artigo 102 da Constituição da República, que disciplina o extenso rol de competência jurisdicional do STF.

Uma das características, que distingue o controle judicial difuso da constitucionalidade, realizado pelo STF, do controle judicial difuso da constitucionalidade, efetivado por outros órgãos do Poder Judiciário do Brasil, é que, nestes órgãos, a aferição da constitucionalidade deve ser feita, necessariamente, em razão da incidência (ou não) da norma infraconstitucional no caso concreto; enquanto no STF, por conta do seu mister de guardião da Constituição, não se pode olvidar de fazer o controle incidental, ainda que a norma objeto do controle difuso não impacte diretamente o pedido formulado no caso concreto. A própria Corte se manifestou neste sentido⁵⁵⁰.

Note-se que, relativamente aos demais tribunais da Federação, há necessidade do respeito à clausura de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição da República), uma vez que, há apenas duas exceções à obrigatoriedade de se respeitar a reserva de plenário: caso o pleno (ou órgão especial) do Tribunal, já tenha declarado a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional primária; ou, caso o plenário do próprio STF já tenha declarado a inconstitucionalidade da norma em comento. É que não

⁵⁵⁰ “(...) Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal — dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ — se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR, 8-5-97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 5-8-2004, Pertence, **DJ 5-8-2004**; RE 102.553, 21-8-86, Rezek, **DJ 13-2-87**) (...)”.

há falar em incidente de inconstitucionalidade, a ser julgado pelo órgão especial do Tribunal, ou pelo seu plenário, se a câmara do Tribunal rejeitar o incidente.

No que tange ao STF, o próprio Tribunal firmou jurisprudência no sentido contrário⁵⁵¹, entendendo pela desnecessidade de verificação do respeito à cláusula *full bench*, em razão desta Corte exercer a função precípua de guardião da Constituição, daí por que não deve se ater à clausula de reserva de plenário, contida no art. 97 da Constituição da República. É dizer: a declaração incidental da constitucionalidade de norma infraconstitucional primária poderá ser realizada pelas Turmas do STF, e não somente pelo Plenário do Tribunal.

Tal posição não parece correta, pois ao STF cabe garantir a supremacia da Constituição República e, conseqüentemente, a uniformidade de sua aplicação; portanto, dever-se-ia evitar decisões conflitantes das turmas do STF, acerca da constitucionalidade ou não de determinada norma, relativamente ao caso concreto, sob o fundamento de preservar a isonomia e a segurança jurídica.

As turmas e a atuação monocrática dos ministros do STF, somente se sujeitam às decisões do controle abstrato de constitucionalidade, realizada pelo plenário do Tribunal, e às súmulas vinculantes, editadas pelo Tribunal; não se sujeitando às súmulas ordinárias, decorrentes dos julgamentos finais do Tribunal, em sede de recurso extraordinários, com repercussão geral, porque estas súmulas não gozam de efeito vinculante, apenas de eficácia transcendente⁵⁵².

7.1. Fiscalização judicial difusa da constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário

O Supremo Tribunal Federal pode realizar o controle incidental da constitucionalidade tanto em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I, com

⁵⁵¹ “(...) 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, DJ 2-310)

⁵⁵² “O efeito vinculante, como instituto, foi construído, e acolhido normativamente, para que as decisões do Supremo se tornassem respeitadas por todos os órgãos do próprio Poder Judiciário, bem como pelo Poder Executivo”. (THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 182).

exceção da alínea “a” que trata da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), quanto no exercício de sua competência recursal ordinária (CF, art. 102, II), e, primordialmente, através de recurso extraordinário (CF, art. 102, III)⁵⁵³.

O recurso extraordinário insere-se no método de difuso de controle judicial da constitucionalidade e deriva da possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, no julgamento do caso concreto, verificar e declarar, de forma incidental, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, na condição de questão processual prejudicial ao exame do mérito da causa. Porém, são impugnáveis pela via recursal extraordinária somente as decisões dos tribunais “de apelação” e dos tribunais superiores.

É que este recurso tem como objetivo premente manter a integridade da Constituição da República, e uniformizar a aplicação do direito constitucional em todo o território nacional. Não se destinando, porém, a corrigir eventuais injustiças cometidas em julgamentos de instâncias ordinárias. É uma modalidade dos chamados recursos excepcionais

Enquadrado como espécie do gênero recursos, o recurso extraordinário possui os mesmos requisitos de admissibilidade dos seus demais congêneres: cabimento, legitimação e interesse para recorrer, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Os três primeiros são chamados requisitos intrínsecos, por serem afeitos à decisão recorrida considerada em si mesmo. Os demais requisitos são denominados extrínsecos, pois versam sobre fatores extrínsecos à decisão judicial impugnada. Dentre estes, destacam-se os requisitos que irão diferenciar o recurso extraordinário dos demais recursos, tais como: a necessidade de prequestionamento e a cláusula da repercussão geral, como condição de procedibilidade do recurso extraordinário.

Importante destacar que, independentemente da natureza jurídico processual de condição de procedibilidade recursal⁵⁵⁴, a cláusula de repercussão, que se infere pela

⁵⁵³ “The Constitution grants the STF power to hear by extraordinary appeal (recurso extraordinário) any decision in sole or last instance that is: (a) contrary to a provision of the Constitution, (b) upholds a law or act of local government challenged as violative of the Constitution”. (ROSENN, cit., p. 294).

⁵⁵⁴ “Trata-se de mecanismo de filtragem recursal que procura minimizar o número de processos recebidos pela Corte, com o objetivo de que apenas os recursos com verdadeira dimensão alcancem o STF”. (FREITAS, Marina Cardoso de. **A repercussão geral nos recursos extraordinários – como o STF tem aplicado este instituto?** In: **Jurisdição constitucional no Brasil**. VOJVODIC, Adriana e outros. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 229).

presença dos requisitos da relevância da matéria e da transcendência, por conta deste último requisito de admissibilidade, implica na eficácia transcendente dos julgados finais, proferidos em sede de recurso extraordinário, em razão da cláusula de repercussão geral apontar no sentido de o recurso extraordinário ser menos um mecanismo de fiscalização judicial concreta da constitucionalidade, do que um instrumento do controle jurisdicional abstrato da constitucionalidade.

Quanto ao efeito devolutivo, é cediço que, em sede de recurso extraordinário, não se analisa as questões fáticas do caso concreto, mas, tão somente, faz-se revisão da matéria de direito constitucional. Percebe-se que, há uma limitação do efeito devolutivo do recurso extraordinário, em razão da sua natureza de recurso excepcional, e que decorre dessa premissa a impossibilidade do reexame de provas, uma vez que isso geraria uma inevitável reanálise fática⁵⁵⁵.

Em regra, não há falar em efeito suspensivo da decisão impugnada, quando da interposição do recurso extraordinário; no entanto, é possível que o recorrente o obtenha, caso formule pedido nesse sentido, comprovando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pleiteando efeito suspensivo impróprio.

Como este recurso deve ser interposto perante o tribunal, prolator da decisão recorrida, a primeira análise da admissibilidade recursal deve ser feita no juízo *a quo*, para somente depois ser devolvido o recurso ao STF, de forma que, em casos urgentes, o recorrente deverá requerer a concessão de efeito suspensivo, antes de os autos principais serem enviados ao STF.

Com o advento do CPC 2015, nos termos do artigo 1029, parágrafo 5º, o legislador, expressamente, previu a possibilidade de o efeito suspensivo ser concedido pelo relator do recurso extraordinário no STF, assim como pelo presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, perante o qual se der a interposição do recurso⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Súmula 279- STF. “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁵⁵⁶ “Art. 1.029. [...] § 5o O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: [...]; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III - ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, ”. (_____) Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

Somente se admite o recurso extraordinário, se todas as vias jurisdicionais ordinárias restarem esgotadas. Esse é o sentido da súmula 281 do STF⁵⁵⁷. No entanto, isso não implica dizer que somente a decisão oriunda do tribunal poderá ser objeto do recurso extraordinário, haja vista que na redação do art. 102, III, caput, da Constituição da República não subsiste a exigência feita expressamente pelo art. 105, III, caput, da Constituição, que versa sobre recurso especial, de maneira que o constituinte, entendeu que a proteção à ordem constitucional, visada pelo recurso extraordinário, deveria ser mais abrangente do que aquela destinada à legislação infraconstitucional, tratada em sede de recurso especial.

Em razão da maior abrangência do recurso extraordinário, é pacífico que decisão oriunda de turmas recursais, que funcionam como segunda instância dos Juizados Especiais, pode ser objeto de recurso extraordinário, embora não possa ser objeto de recurso especial.

O mesmo se aplica à decisão que julga o recurso de embargos infringentes, previsto no art. 34 da Lei de Execução Fiscal, em que o recurso é apreciado pelo prolator da sentença. Nesse caso em específico, considera-se esgotada a via ordinária, já que os embargos infringentes cumprem o papel de recurso ordinário contra a sentença, sendo cabível recurso extraordinário. Tal entendimento é pacífico no STF, tendo sido editada súmula consolidando a jurisprudência do tribunal⁵⁵⁸.

7.2. Hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão disciplinadas no art. 102, III e suas alíneas, da Constituição da República, que admite esse recurso, nas causas julgadas por outros tribunais, 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

⁵⁵⁷ Súmula 281 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada

⁵⁵⁸ Súmula 640 - STF. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

Note-se que o recurso extraordinário é um dos instrumentos atinentes à função precípua de guarda da Constituição da República, pelo STF. Para o julgado *a quo* enquadrar-se na hipótese de alínea “a”, o ataque a dispositivo da Constituição deve ser direto e frontal, e não reflexo. Contudo, no juízo de admissibilidade, não se exige a prova real da contradição da decisão com o texto constitucional, bastando tão somente, a simples alegação. E, apesar da omissão normativa, é cabível a interposição de recurso extraordinário em decorrência de decisão de que negue a vigência de dispositivo constitucional.

Caso o julgado *a quo* contenha afronta à legislação federal e à norma constitucional, simultaneamente, é possível a interposição concomitante do recurso especial e do recurso extraordinário, conforme o crivo do recorrente, e desde que respeitadas as formalidades impostas pela lei, a despeito de haver possibilidade de fungibilidade entre os dois recursos.

Da alínea “b”, do Art. 102, III da Constituição da República, infere-se que não há necessidade que o ato normativo impugnado seja posterior à edição da Constituição, tal como exigido no controle abstrato, sendo que a análise da constitucionalidade da norma deverá ser feita tendo como parâmetro a Constituição sob a qual o ato normativo foi editado⁵⁵⁹.

A medida em que lei local ou ato de governo local contraria a Constituição da República, verifica-se a inconstitucionalidade material, haja vista boa parte da legislação infraconstitucional estadual, municipal e distrital serem fundamentadas diretamente na Constituição da República, em situações típicas de dupla parametricidade⁵⁶⁰. Assim, com

⁵⁵⁹ Em sentido contrário: “Tais reflexos permitem afirmar que, para os fins de controle de constitucionalidade *incdenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade, e não de mero conflito de normas a se resolver com a aplicação do princípio da *lex posterior*”. (MENDES, **Controle abstrato de constitucionalidade**, cit., p. 150).

⁵⁶⁰ “Existem dois parâmetros de controle – a Constituição Estadual e a Constituição Federal – das leis e atos normativos estaduais. O fato de uma norma constitucional estadual ter a mesma substância de norma constitucional federal não retira a qualidade de parâmetro de constitucionalidade da norma estadual ou elimina a possibilidade de se requerer o controle de constitucionalidade em face da Constituição Estadual. [...]. Portanto, assim como ocorre nos casos em que os parâmetros de controle são distintos, é possível propor ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça e no STF. No caso de improcedência em um dos Tribunais, a ação direta ainda poderá ser proposta no outro. Na hipótese de procedência, declarando-se a nulidade da norma, a outra ação perde o seu objeto e, quando ainda não proposta, fica obstada por ausência do interesse agir”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1252).

o escopo de se promover a defesa da Constituição da República, é possível a interposição de recurso extraordinário.

Em tese, não há lugar para discussão de inconstitucionalidade formal nesta hipótese de cabimento do recurso extraordinário, porque o processo legislativo constitucional federal se destina a reger a produção legiferante normativa da União. Contudo, se a violação regimental, na produção normativa estadual, distrital ou municipal, afetar princípios estruturantes da Constituição da República, tal como o princípio democrático, quando se agride a proporcionalidade na representação da Casa ou de comissão, por exemplo, estar-se-á diante de um vício formal relativamente à Constituição da República, não por violação ao processo legislativo previsto em seu texto, mas por agressão reflexa a valores que a própria Constituição erigiu à categoria de princípios estruturantes.

Essa inconstitucionalidade é formal, porque se violou regra atinente à produção normativa, ainda que, por via reflexa, tenha havido agressão ao conteúdo de um princípio estruturante da Constituição da República, o que poderia induzir equivocadamente o operador do direito a supor estar diante da inconstitucionalidade material. Não há inconstitucionalidade material na hipótese, pois a norma infraconstitucional em si não ofendeu o conteúdo semântico da Constituição; posto que o vício de constitucionalidade se deu na agressão reflexa ao princípio constitucional estruturante, derivada de uma violação às regras de produção normativa, não previstas na Constituição da República, mas sim na Constituição do Estado, ou na Lei Orgânica do Distrito Federal, ou na Lei Orgânica do Município.

Quanto ao conflito de lei local em face de lei federal, tal situação foi deslocada das hipóteses de cabimento do recurso especial, para as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004. É que a competência para verificar a compatibilidade da lei ou ato de governo local com a lei federal, antes dessa Emenda, era do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial. Com o advento da Emenda Constitucional 45, o confronto entre lei local e lei federal foi transferido para o Supremo Tribunal Federal, por se entender trata-se de um autêntico conflito entre competência legislativa concorrente, e, portanto, de natureza constitucional.

Deve-se ressaltar que a Emenda Constitucional n. 45 corrigiu um erro histórico do legislador constituinte originário, no que tange à inconstitucionalidade material

derivada do conflito de competência legislativa concorrente. É que, tal conflito normativo derivado da competência legislativa concorrente, entre a União e os estados-membros (ou o Distrito Federal), na hipótese de o Tribunal de Justiça do Estado (ou do Distrito Federal) declarar válida lei local, em face de lei federal, tem natureza evidente de contencioso constitucional em tese, cuja solução judicial definitiva deve ser de competência do STF.

Dito de outra forma, na competência legislativa concorrente, não raro, a lei local (estadual, municipal ou distrital) pode conter conteúdo semântico conflitante com a legislação federal (a União) de abrangência geral. Como não se pode admitir a antinomia de uma lei poder ser ilegal, e as competências legislativas dos entes federados do Estado Brasileiro são definidas na Constituição da República, o confronto semântico entre lei local e lei federal, muito provavelmente, deriva da violação de competência legislativa, disciplinada em dispositivo constitucional, constituindo-se em hipótese de inconstitucionalidade material, que pode ser solucionada pelos mecanismos de jurisdição constitucional difusa, pela via do recurso extraordinário.

7.3. Prequestionamento, como condição para conhecimento do recurso extraordinário

O prequestionamento tem fundamento na impossibilidade de supressão de instância, relativamente à prejudicial de inconstitucionalidade, somada ao requisito recursal da sucumbência, para interpor o recurso extraordinário, a partir do que se passou a exigir o requisito do prequestionamento matéria junto ao tribunal local, que vai julgar o recurso contra a decisão de um juiz monocrático ou singular⁵⁶¹.

No Brasil, a exigência do prequestionamento decorre de maneira implícita do texto constitucional, pois ao condicionar o cabimento dos recursos extraordinários (e especiais) às causas decididas em única ou última instância, a Constituição tornou inequívoca a necessidade de prévia decisão sobre a matéria (legal) constitucional, devolvida (ao STJ) ao STF, pela via dos (recursos especiais) recursos extraordinários.

⁵⁶¹ “Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, incumbido à parte sequiosa de ver a controvérsia guindada à sede extraordinária instá-lo a fazê-lo”. (STF, Ag 143242-0-SP, Rel. Marco Aurélio, DJU 3.8.1993, p.144/45).

O prequestionamento da matéria, objeto da impugnação, por meio do recurso extraordinário ou do recurso especial, figura nas súmulas 282⁵⁶² e 356⁵⁶³ do STF e 211⁵⁶⁴ do STJ, respectivamente, como condição de admissibilidade desses recursos.

Sua finalidade precípua é impedir a supressão de instância, haja vista que o método difuso de fiscalização judicial da constitucionalidade, impõe aos tribunais *a quo* o poder/dever de dizer sobre a constitucionalidade, nas decisões, prolatadas por estes tribunais e que são objeto dos recursos extraordinários, vez que a questão constitucional é matéria de ordem pública.

Em razão de não haver um conceito legal, doutrina e jurisprudência dão vários sentidos ao prequestionamento⁵⁶⁵. Existem duas correntes doutrinárias: uma, defendendo que o prequestionamento implica no dever do recorrente de previamente trazer ao processo, o debate sobre o dispositivo legal ou constitucional, que poderá, eventualmente, ser violado na decisão, prolatada pelo tribunal *a quo*. E outra corrente a defender que não basta somente a suscitação da matéria, mas que a questão legal ou constitucional tenha sido decidida na decisão recorrida. O entendimento que prevalece na jurisprudência é o primeiro apontado.

Ainda que existam diferentes entendimentos quanto à ocorrência do prequestionamento, existe um ponto comum, que é a constatação de que a Constituição da República exige unicamente a presença de questão federal ou constitucional, decidida no acórdão, objeto do recurso especial ou extraordinário.

Não se pode olvidar a necessidade de prequestionamento para adentrar na instância excepcional por meio de recurso extraordinário, tornando imprescindível a sua definição de forma materializada, podendo-se falar em prequestionamento explícito e implícito.

⁵⁶² Súmula 282 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

⁵⁶³ Súmula 356 – STF. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

⁵⁶⁴ Súmula 356 – STF. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

⁵⁶⁵ “Pquestionar significa provocar tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente à interposição do recurso extraordinário”. (NERY Jr., Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52).

O prequestionamento explícito, como o nome induz, não deve deixar dúvidas, pois a parte suscita a matéria de forma expressa. Assim, a decisão, que rejeita ou acolhe o recurso, deverá estar devidamente motivada, e indicar os dispositivos normativos sob apreciação, acerca da matéria de lei federal ou de norma constitucional, eis por que a ausência do prequestionamento explícito inviabiliza o conhecimento do recurso.

Já o prequestionamento implícito ou ficto caracteriza-se se o tribunal *a quo* não tiver expressado claramente o dispositivo da Constituição da República contrariado, bastando por si só que na decisão perceba-se o debate da questão. Assim, supõe-se o prequestionamento diante da solução apresentada pelo juízo.

O problema apresentado, é se o prequestionamento implícito seria suficiente para preencher o requisito de admissão do recurso extraordinário. O STF sempre admitiu o “prequestionamento ficto”, suavizando a interpretação literal de sua Súmula nº 356. No entanto, percebe-se haver uma tendência de não se admitir mais o prequestionamento ficto⁵⁶⁶.

Esse posicionamento se revela um retrocesso, principalmente diante da edição do CPC de 2015 que, em seu artigo 1025, admite, de forma expressa, o prequestionamento ficto, como já visto⁵⁶⁷. Ademais, não se pode negar a necessidade de respeito aos precedentes, em nome da segurança jurídica. Não que se defenda a fossilização dos precedentes, mas fato é que na intelecção do Código de Processo Civil de 2015, o sistema do respeito aos precedentes ganha especial relevância, principalmente em nome da preservação da isonomia, de forma que o STF não pode uma jurisprudência já consolidada, por anos, mormente se tal posição jurisprudencial foi reafirmada por legislação editada recentemente.

7.4. Incidência da cláusula impeditiva de recursos na propositura do recurso extraordinário

⁵⁶⁶ Cf.: STF. AgRg no RE com Agravo nº 678.139, relatado pela Min. Rosa Weber (1ª Turma), j. 06.08.2013 e **EDcl no RE nº 661.521**, relatado pelo Min. Luiz Fux (1ª Turma), **DJ. 17.04.2012**.

⁵⁶⁷ “Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. (____ Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

O Código de Processo Civil de 2015 tornou inquestionável a importância dada ao sistema de respeito aos precedentes judiciais e às decisões reiteradas, juridicizando a chamada "teoria dos precedentes", na forma de lei⁵⁶⁸.

Antes mesmo da vigência do CPC 2015, foi editada a Lei 13.256, que modificou o texto original do código, no período da *vacatio legis*, devolvendo o juízo de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário ao tribunal *a quo*⁵⁶⁹. Desta feita, cabe ao tribunal *a quo* o exame da admissibilidade do recurso extraordinário, de forma que este bem como o recurso especial sejam submetidos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal prolator do acórdão recorrido, que, conforme o caso: poderá negar-lhe o seguimento; encaminhá-lo de volta ao prolator da decisão recorrida para juízo de retratação (órgão fracionário do tribunal *a quo*); sobrestar o recurso para aguardar a prolação de acórdão paradigma quando se trate de recursos repetitivos; selecionar o recurso como representativo da controvérsia; ou ainda, realizar o juízo de admissibilidade, sendo este positivo, os autos deverão ser remetidos o recurso ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

Percebe-se, que restou estabelecido um filtro na admissibilidade do recurso extraordinário, com base nos precedentes firmados pelo STF, não se admitindo este recurso, caso o STF já houver se manifestado acerca da constitucionalidade do tema, apreciado já no regime de repercussão geral (dos recursos extraordinários), ou em sede de julgamento de recursos repetitivos, ou ainda no julgamento de uma das ações do controle abstrato/concentrado.

Desta forma, optou-se pelo sistema de precedentes, com o desiderato de modernizar e racionalizar a prestação jurisdicional no Brasil, de maneira a emprestar mais

⁵⁶⁸ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (**Idem**).

⁵⁶⁹ “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, [...]; (**ibidem**, incluído pela **Lei nº 13.256, de 2016**)

segurança jurídica às decisões judiciais e fazer cumprir o direito fundamental à duração razoável do processo.

Observe-se, contudo, que os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados⁵⁷⁰. É necessário fazer cotejo entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática, considerando as particularidades de cada caso. A esse método de comparação dar-se o nome de *distinguishing*⁵⁷¹. Portanto, não havendo coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que ensejou o precedente, ou mesmo peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* da decisão paradigma precedente, o magistrado não deverá fazer incidir precedente, que não se aplica ao caso, que ele estiver julgando, uma vez que deve dar soluções diferentes a casos diferentes, de modo a evitar a proliferação de decisões injustas e inadequadas à realidade jurídica e social.

Ademais, com o intuito de se impedir a petrificação da jurisprudência, com inspiração na doutrina norte-americana, adotou-se no Brasil técnicas de superação de precedentes judiciais, como o *overruling*, pelo que o precedente é superado, em decorrência da mutação de valores sociais, de conceitos jurídicos, ou ainda em razão de erro gerador de instabilidade na aplicação do precedente em comento. De forma que, além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que firmar nova posição sobre o tema, evitando que se repitam situações geradas pela ausência ou insuficiência de norma legal. O efeito da superação de precedente, não deve ser *ex tunc*, pois as situações jurídicas

⁵⁷⁰ “Essa questão em relação à diferença entre casos idênticos e semelhantes é de suma importância, na atualidade, em face da existência de técnicas de repercussão geral e recursos especiais repetitivos e de modo como elas vem sendo aplicadas pelo STF e STJ. Ambas técnicas nascem com déficits de aplicação preocupante, entre eles a verificação se os recursos escolhidos ‘representativos da controvérsia’ abrangem somente os casos idênticos, ou se estão também sendo utilizados erroneamente, obstando o prosseguimento de casos semelhantes”. (TEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinários**. RePro / vol. 177/2009 / p-173. São Paulo: Revista dos Tribunais, de nov. 2009, p. 24).

⁵⁷¹ “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.” (DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2**, Salvador: Juspodivm, p. 43).

afetadas pelo precedente superado se perenizaram, em razão do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido, nos termos da jurisprudência até então pacificada⁵⁷².

Quanto à coisa julgada, a regra vigente no direito brasileiro é a do *tempus regit actum*. É dizer, se houver revogação de um precedente e, conseqüentemente, a construção de um novo entendimento, este somente irá impactar as situações que ocorrerem antes da decisão revogadora⁵⁷³, que ainda estejam *sub judice*, ou seja, que ainda não tenham sido afetadas pela “coisa julgada”⁵⁷⁴.

Na esteira deste entendimento, é necessário mencionar o posicionamento do STF no sentido de que a jurisprudência não deve retroagir para atingir a coisa julgada, ou seja, mesmo que o Tribunal modifique seu entendimento, não deverão ser revistas as situações já consolidadas, conquanto se refiram à matéria constitucional, como se dá no recurso extraordinário⁵⁷⁵.

Ainda que jurisprudência e precedentes sejam institutos jurídicos distintos, conforme já assentou o STF, a coisa julgada não poderá a ser relativizada a fim de atingir situações já consolidadas⁵⁷⁶, sob pena de violação à literal disposição de lei, sem

⁵⁷² “Em suma: “A doutrina do *stare decisis*, conseqüentemente não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado”. (TEODORO Jr. e outros, *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*, cit., p. 32).

⁵⁷³ “Existindo situações que se consolidaram sob a égide da decisão de constitucionalidade, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não podem apanha-las, devendo ser modulados em atenção à particularidade de a decisão estar declarando inconstitucional norma antes declarada constitucional”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 890).

⁵⁷⁴ “Falar em coisa julgada, neste caso, é instituir falso problema para a incontestável necessidade de revogação de precedentes, que uma vez perpetuados, impediriam o adequado desenvolvimento da ordem constitucional”. (*Idem*, p. 890).

⁵⁷⁵ “Todas as considerações que venho fazer resumem-se a um único ponto, que consiste no reconhecimento de que a segurança jurídica, proporcionada pela autoridade da coisa julgada, representa, no contexto de nosso sistema normativo, o fundamento essencial da ordem constitucional, necessariamente condicionante da resolução da presente controvérsia. É por isso, Senhor Presidente, que, não podendo reconhecer a ocorrência de hipótese de rescindibilidade do julgado em superveniente mudança jurisprudencial, pois a ação rescisória não se qualifica como instrumento de uniformização de jurisprudência, acompanho o douto voto do eminente Relator (...)”. (RE 590809, Voto do Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 22.10.2014, **DJe de 24.11.2014**, com repercussão geral - tema 136).

⁵⁷⁶ “Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infraconstitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da *res judicata*”. (NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Amércia Jurídica, 2004, p. 13).

embargos de que o respeito à coisa julgada tem natureza jurídica de garantia constitucional⁵⁷⁷. Contudo, em que pese a revogação de um precedente não deva retroagir, de modo a atingir demandas já decididas em definitivo, isso não significa engessar o direito, porque a revogação do precedente em si já é um signo de que o “direito se mantém vivo”⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ “A lei superveniente não poderá alcançar a coisa julgada, nem o órgão julgante poderá decidir novamente o que estiver decidido como forma imutável de sentença, afim de que resguarde a segurança das relações jurídicas. A *auctoritas rei judicatae* justifica-se no atendimento do interesse público de estabilidade jurídico-social, cedendo somente ao ataque de decisões anuláveis”. (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 187).

⁵⁷⁸ “*The conservative tendency is an obstacle to normative change, in morally deficient systems, it leads to perpetuating injustices in the name of coherence*”. (Raz, Joseph. **The authority of law – Essays on law and morality**. Oxford: Clarendon Press, 1991).

III Parte

8. A adoção gradativa do sistema de precedentes judiciais no Brasil

Os precedentes judiciais vêm alcançando *status* de fonte primária do direito, no sistema jurídico brasileiro, através da atuação do próprio legislador ordinário e do constituinte reformador que, por meio da legislação e de reforma constitucional, respectivamente, previram um sistema de vinculação dos demais órgãos judiciais do Brasil, ao que for decidido e sumulado, por tribunais superiores e pelo STF, de forma que o direito positivado em leis e normas constitucionais não seja mais a única fonte primária de direito no sistema jurídico brasileiro⁵⁷⁹.

Ainda que esse movimento jurídico caracterize um aceno do Estado Brasileiro ao sistema jurídico do *common law*, é importante salientar que este movimento se concretiza através de instrumentos próprios do sistema jurídico do *civil law*, notadamente por normas legais e constitucionais, mais para atender aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia de tratamento entre os membros da sociedade política brasileira, e de estreitar a margem de interpretação judicial do direito posto, do que para suprir a deficiência das normas legislativas positivadas, relativamente às situações não previstas em lei, mas que demandam uma solução judicial⁵⁸⁰.

Com efeito, resta superado no Brasil o dogma de que o cumprimento estrito da lei se constitui como única forma para a garantia da segurança jurídica, concepção esta que remete ao obsoleto pensamento de que, juízes bem como tribunais devem subordinar-se exclusivamente à lei⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ “De fato, a uniformização jurisprudencial, expressa em súmulas e enunciados, as decisões preferidas em controle de constitucionalidade, a sentença normativa da Justiça do Trabalho, tudo isso acaba por se traduzir na necessidade de proceder a um minucioso estudo do que se poderia chamar de *ato normativo da função jurisdicional* ou *ato jurisdicional normativo*”. (SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275).

⁵⁸⁰ “Por mais sábio que seja o legislador, por mais previdente ou por mais casuísta, não poderá nunca prever toda a variedade de relações sobre as quais vai recair a lei”. (GUIMARÃES, Mario. **O juiz e a função jurisdicional**. 1998, p. 332).

⁵⁸¹ “A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que a tradição do *civil law* insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança jurídica seria garantida mediante a certeza jurídica advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto que, no *civil law*, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica**

Em linhas gerais, tem-se que um precedente judicial “nasce” com o julgamento de um caso concreto, a partir do qual se firma um entendimento, que ganha contornos de norma geral, a ser aplicada, como paradigma normativo, aos futuros casos concretos, materializados em demandas judiciais novas, apresentadas aos demais órgãos judicantes da sociedade politicamente organizada, que guardem semelhanças jurídicas com a decisão paradigmática, sistematizando a interpretação, que é conferida à matéria disciplinada em lei, ou sobre o que a lei não tratou especificamente.

Tais construções jurisprudenciais devem ser limitadas pelo binômio interpretação/aplicação, não se confundindo o ato criativo do juiz ou tribunal com a atuação legislativa, pois juízes e tribunais não podem deixar de aplicar as leis postas, ainda que sobre elas repouse entendimento ultrapassado. Somente não se aplica norma legal vigente, caso haja ultratividade de lei revogada ou em caso de declaração incidental de inconstitucionalidade da norma legal vigente.

A adoção dos precedentes (no Brasil) tem a pretensão de aproximar da realidade dos jurisdicionados à fruição de um processo justo, que, inegavelmente, faz-se acompanhar do imperativo de que a prestação jurisdicional ocorra de forma isonômica, a fim de garantir a segurança jurídica, vez que casos assemelhados passarão a ter solução judicial semelhante.

Na esteira da afirmação dos precedentes judiciais no direito brasileiro, houve uma sistemática adoção de mecanismo de barreira às instâncias superiores, por meio de cláusulas impeditivas de recursos, cláusula de repercussão geral, julgamento por amostragem de casos paradigmáticos no recurso especial do Superior Tribunal de Justiça e no recurso extraordinário do STF (recursos repetitivos), entre outros⁵⁸².

No ano de 1965, houve considerável avanço no controle de constitucionalidade brasileiro e na incipiente tentativa de harmonização das decisões judiciais, pois a Emenda

entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>> Acesso em: 24 mar. 2017).

⁵⁸² “Registre-se: desde a Lei 8.038/1990 as súmulas servem para obscurizar recursos. Assim, de algum modo, já vincularam e continuam vinculando. A diferença é que agora existe, para a Súmula vinculante criada pela EC 45/2004, o mecanismo da reclamação. Aliás, nem vou falar aqui das demais súmulas que estão no mesmo sistema; são milhares – o que fazer com elas? Se formalmente só as súmulas do STF são vinculantes, as demais são de segundo nível”? (STRECK, *Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis*, cit., p.139).

Constitucional nº 16 à Constituição do Brasil de 1946, de 26 de dezembro de 1965, além de ter alterado o dispositivo do art. 101, I, alínea "k", da Constituição Federal de 1946, para introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade, acrescentou a alínea "c" ao art. 101, § 1º, àquela Constituição, instituindo os embargos de divergência quanto à interpretação do direito federal.

Antes, no Código de Processo Civil de 1939, previu-se os embargos de nulidade e infringentes⁵⁸³, os quais passaram por reiteradas alterações, sendo a primeira delas ocorrida através do Decreto-Lei nº 2.253/1940, que estendeu a aplicação dos embargos infringentes ao acórdão unânime que houvesse reformado a sentença, desde que fundada a ação em contratos de mandato ou outros para a execução, no estrangeiro, de sentenças proferidas no Brasil⁵⁸⁴.

O Decreto-Lei 4.565/1942, por sua vez, retornou ao entendimento de serem admitidos embargos infringentes somente quando não fosse unânime o acórdão, e nada mencionou acerca do fundamento em contratos, acrescentando, ainda, ser cabível, além dos casos permitidos nos artigos 783, §2º e 839, às disposições trazidas em lei especial⁵⁸⁵.

E ainda, o Decreto-Lei nº 8.570/1946, ao alterar o Código Processual Civil de 1939, retirou a possibilidade de ser cabível nas hipóteses elencadas em lei especial, mantendo o entendimento de ser possível em julgado não unânime, e acrescentando o cabimento quando fosse oriundo de julgamento em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança, prevendo, ainda, ser possível quando o desacordo fosse parcial, limitado este pelo teor da divergência.

O último importante registro da matéria, no aludido CPC de 1939, deveu-se a criação do parágrafo único do art. 833, pela Lei nº 623/1949, que admitiu ser embargável

⁵⁸³ “Art. 783. [...]. §2º O acórdão só admitirá o recurso de embargos declaratórios ou de nulidade e infringentes do julgado”. (____ CPC/39, com redação dada pelo **Decreto-Lei nº 4.565, de 1942**).

⁵⁸⁴ “Art. 839. Das sentenças de primeira instância proferidas em ações de valor igual ou inferior a duas vezes o salário mínimo vigente nas capitais respectivas do Territórios e Estados, só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração”. (**Idem**).

⁵⁸⁵ “Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º e 839 deste Código, ou disposições de lei especial, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença”. (**Ibidem. Incluído pela Lei. 623 de 1949**).

no STF as decisões das Turmas, quando divergissem entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno⁵⁸⁶. Eram os embargos de divergência no STF.

Na mesma linha, o CPC de 1973, em seu art. 546, parágrafo único, manteve os embargos de divergência, no STF, em recurso extraordinário e agravo de instrumento. Da mesma forma, essa espécie recursal foi mantida no CPC vigente (de 2015), sendo prevista nos arts. 1.043 e 1.044, especialmente pelo art. 1043, incisos I e III, em que há previsão desta modalidade recursal no tocante ao recurso extraordinário e especial.

Outra importante modificação legislativa se deu, quando foi atribuído ao relator, seja no STF ou no STJ, o poder de decidir monocraticamente acerca do pedido ou recurso que tenha perdido o seu objeto, ou até mesmo de negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, ou que tratasse de matéria que contrariasse o entendimento sedimentado em Súmula do respectivo Tribunal, ao qual fosse membro o relator, conforme dispôs o art. 38 da Lei 8.038/1990.

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 é considerada um marco na ratificação da afirmação dos precedentes judiciais, uma vez que, ao incluir o §2º ao art. 102 da Constituição da República, difundiu tanto o efeito vinculante quanto à eficácia *erga omnes*, agregadas às decisões, prolatadas em sede de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Em que pese a ADI já tivesse feito vinculante, por consequência lógica⁵⁸⁷.

Em 1998, a Lei 9.756 alterou diversos dispositivos acerca do processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Em especial, salienta-se a redação que foi atribuída ao art. 557 do CPC de 1973, uma vez que previu ser inadmissível, improcedente ou prejudicado o recurso que estivesse em confronto com súmula ou jurisprudência dominante⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ “Atr. 883. § único. Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. (Idem).

⁵⁸⁷ Nesse sentido, Ada Pelgrini Grinover, em artigo publicado antes da EC n. 45: “Decorre daí a importância de conferir-se expressamente efeito vinculante às sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, proferidas nas ações diretas (como a Constituição faz com relação à declaração da constitucionalidade: art. 102, § 2º), **o que, aliás, deveria decorrer automaticamente do sistema, dada a eficácia e autoridade erga omnes destas sentenças**”. (GRIONOVER, Ada Pelgrini. **Controle da Constitucionalidade**. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, 341:3-12, jan/mar 1988).

⁵⁸⁸ “A edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99 dá uma amostra dessa busca incessante do ‘santo graal’ da efetividade do processo, onde constam os mais variados tipos de violação de princípios e preceitos

É possível afirmar que o ápice da introdução do sistema de precedentes no Brasil se deu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, já que se atribuiu considerável à importância ao sistema de precedentes judiciais, no âmbito da jurisdição constitucional, com a inserção, na Constituição da República, da cláusula de repercussão geral, no tocante à admissibilidade dos recursos extraordinários, e do instituto das súmulas vinculantes.

As reformas do CPC de 1973, ocorridas em 2006, também foram emblemáticas nesse processo, com a inserção de inúmeros dispositivos legais que contribuíram para progressão de uma sistemática de respeito aos precedentes, a exemplo da lei nº 11.276/06 que acrescentou ao art. 518, do CPC/73, o § 1º, instituindo a cláusula impeditiva de recurso, de modo a possibilitar que o recurso de apelação não fosse recebido quando a sentença estivesse de acordo com súmula do STJ ou do STF.

Com o mesmo propósito, a Lei nº 11.277/2006 acrescentou o art. 285-A ao CPC de 1973, vigente à época, criando o julgamento liminar pela improcedência de causas repetitivas, reproduzindo-se a sentença anteriormente prolatada quando a matéria fosse unicamente de direito, no âmbito do processo de conhecimento, de competência de juiz singular.

Ainda no mesmo ano, a Lei 11.418/2006 acrescentou o art. 543-A e 543-B ao Código de 1973, merecendo destaque o §5º ao art. 543-A, que atribuiu força vinculante à decisão do relator do STF, em sede de recurso extraordinário, que negava repercussão geral, sendo afastada apenas se houvesse a revisão da tese adotada naquele julgamento.

Já na vigência do CPC de 2016, o art. 926 do CPC/2015 dispôs que compete aos tribunais uniformizar, manter estável, íntegra e coerente sua jurisprudência, a fim de promover a uniformização da jurisprudência, no âmbito dos “tribunais de apelação”. Após a pacificação do posicionamento dominante, deve esse resultado ser convertido em enunciado de súmula, conferindo a devida atenção às circunstâncias fáticas ensejadoras da edição do precedente.

constitucionais, que vão desde o indevido efeito vinculante às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a possibilidade de inversão do efeitos em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC), além dos instrumentos avocatórios constantes em ambas as leis”. (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 214).

Digno de menção também é o art. 927 do CPC de 2015, visto que tornou inquestionável a adoção do sistema de precedentes judiciais, ao prever que juízes e tribunais devem observar, entre outros, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

8.1. Incidente de uniformização de jurisprudência.

No direito brasileiro, durante muito tempo, a jurisprudência não tinha natureza jurídica de fonte do direito. Isso se deve à tradição romano-germânica, que elege a lei como o instrumento exclusivo para regular as condutas comissivas e omissivas das relações passíveis de tutela judicial, tanto que todas as constituições brasileiras reproduziram o princípio da legalidade estrita⁵⁸⁹.

No decorrer do período imperial, e até mesmo após a proclamação da República, predominou no país o pensamento jurídico clássico de que os precedentes judiciais não eram fonte legítima de direito, pois se revestiam, tão somente, de força persuasiva, sem que lhe fosse atribuída eficácia vinculante.

Dentro dessa perspectiva, implantou-se no Brasil, na época imperial, o instituto dos assentos, por meio do Decreto nº. 2.684, de 23 de outubro de 1875, na tentativa de minorar as contradições da coleção de julgados que o Judiciário dispunha, havendo quem sustente, que, naquele contexto, não havia uma jurisprudência nacional propriamente dita, tendo em vista que, somente em 1923, os assentos foram substituídos pela figura dos prejulgados – adstritos, inicialmente, à Corte de Apelação do Distrito Federal -, os quais foram introduzidos no ordenamento pátrio através do Decreto 16.273/23⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Cf.: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, peracionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 583.

⁵⁹⁰ Cf.: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**. Tese apresentada no Curso de Especialização na Cadeira de Processo Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1968). Disponível em: < <http://www.revistajustitia.com.br/links/edicao.php?ID=074>> Acesso em: 08 de abril de 2017, p. 121-122).

No decorrer da reprodução dos prejudgados no país, a Lei Federal 319, de 25 de novembro de 1936, expandiu o alcance daquele instituto aos demais tribunais brasileiros, com o intuito de uniformizar suas jurisprudências, de sorte que foi conferida força cogente às respectivas decisões nos limites da competência de cada tribunal⁵⁹¹.

No mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu, em seu art. 902, §4º, o respeito ao prejudgado no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo a sua extinção ocorrido em 1982, por meio da Lei nº 7.033, que revogou o art. 902 da CLT.⁵⁹²

Por sua vez, o legislador não repetiu o instituto dos prejudgados no CPC de 1973, preferindo adotar capítulo específico para a uniformização jurisprudencial, tema que já houvera sido abordado no CPC/39, que dispunha sobre o Recurso de Revista; porquanto não era lícito alegar que uma interpretação divergia da outra, na hipótese de haver jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretendia recorrer.

A ideia de uniformização de jurisprudência foi afirmada pelo CPC/2015, nos termos do caput do art. 926, ao prever que devem os Tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente⁵⁹³.

O imperativo de uma necessária uniformização jurisprudencial decorre, portanto, do quadro de inúmeras divergências interpretativas internas, como aquelas existentes entre turmas e/ou câmaras de um mesmo tribunal, e até entre turmas de juizados especiais estaduais e federais; em situações similarmente consideradas, constituindo-se tais divergências como prejudiciais ao alcance das diversas finalidades precípuas do direito, notadamente a isonomia e a segurança jurídica⁵⁹⁴.

A uniformização não se constitui, assim, em um instrumento impetuoso e petrificador da atividade jurisdicional, mas como mecanismo imprescindível para a

⁵⁹¹ Cf.: CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 238.

⁵⁹² **Idem**, p. 239-240.

⁵⁹³ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. (____ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

⁵⁹⁴ “A orientação divergente decorrente de turmas e câmaras, dentro de um mesmo tribunal – no mesmo momento histórico e a respeito da aplicação de uma mesma lei – representa grave inconveniente, gerador da incerteza do direito, que é o inverso do que se objetiva com o comando contido numa lei, nascida para ter um só entendimento”. (ALVIM, ARRUDA. **Comentários ao Código de processo civil** / Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 742).

ordem institucional e respeito a entendimentos já arduamente debatidos e pacificados no âmbito dos tribunais brasileiros, desempenhando importante papel na consolidação do sistema de precedentes no direito brasileiro.

8.2. Embargos de divergência nos tribunais superiores e no STF

Com a necessidade de distribuição da competência dos tribunais, entre órgãos fracionários com funções judicantes, revelou-se necessário a instituição de instrumentos capazes de manter o posicionamento uniforme desses tribunais, com o fim de preservar a uniformidade na interpretação das normas legais e constitucionais, sobretudo no âmbito dos tribunais superiores e do STF, respectivamente.

É que, com a repartição dos tribunais superiores e do STF em turmas, igualmente competente para conhecer e julgar as mesmas matérias, divergências de entendimentos entre esses órgãos fracionários internos desses tribunais foram evidenciadas, ocasionando a necessidade de se estabelecer um mecanismo apto a possibilitar que as decisões prolatadas pudessem refletir, na maior medida possível, o posicionamento de cada um desses tribunais.

Não se deve olvidar ser a divergência de interpretações, dentro de um mesmo tribunal, motivo causador de insegurança jurídica, tendo em vista que, como já apontado por diversas vezes neste estudo, deve ser garantido aos jurisdicionados um mínimo de previsibilidade quanto ao que deverá ser por eles suportado a partir de suas condutas, o que não acontecerá se no próprio órgão julgador não houver linearidade quanto à aplicação das normas.

Assim, nesse diapasão, os embargos de divergência apresentam-se, dentre os mecanismos processuais existentes na legislação brasileira, como um importante instrumento de coesão da jurisprudência dos tribunais superiores e do STF, de modo a se obter coerência no exercício da função jurisdicional, além de tornar mais racional o dever de respeito aos precedentes judiciais⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ “Os embargos de divergência visam afastar interpretação divergente do sentido das normas positivas, em tese, nos órgãos do STF e do STJ. Essa é a razão maior da sua existência em nosso sistema processual”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. 15ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 641).

Os embargos de divergência constituem espécie recursal, cujo objetivo é solucionar as divergências entre as turmas de tribunais superiores e do STF, de forma a promover a padronização da jurisprudência desses dos tribunais⁵⁹⁶. Para isso, busca-se confrontar o acórdão embargado e o acórdão paradigma, para verificar qual deles deve remanescer, desde que se trate da mesma questão jurídica, com solução diversa.

Esse recurso foi previsto, inicialmente, no Código de Processo Civil de 1939, que no parágrafo único do seu art. 833 estabelecia a possibilidade de serem embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das turmas quando divergissem entre si, ou divergissem de decisão tomada pelo Pleno do Tribunal⁵⁹⁷.

Registre-se, por oportuno, que os antigos embargos de divergência, instituídos no CPC de 1939, foram o embrião da uniformização dos julgados, em prestígio à segurança jurídica e à igualdade nos julgamentos de situações iguais, sendo isto indício de que o aceno do direito brasileiro ao sistema de precedentes judiciais é bem anterior às reformas processuais das décadas de 1990 e 2000, tanto na legislação quanto na Constituição de 1988.

No Código de Processo Civil de 1973, os embargos de divergência foram disciplinados no art. 496, inciso VIII, constituindo-se instrumento recursal utilizado para impugnar acórdão proferido, em sede de recurso especial ou de recurso extraordinário, por uma das turmas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, respectivamente⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ “O recurso de embargos de divergência reveste-se de um caráter acentuadamente público e de interesse geral, dado que do seu julgamento – contrário ou favorável ao recorrente – resultará sempre o benefício socialmente prezável do estabelecimento da certeza e da uniformidade do direito”. (ALVIM, José Manoel de Arruda. **Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário – Imprescindibilidade de uma releitura da súmula nº 599/STF**. Revista do Advogado, nº 88, 2006, p. 23).

⁵⁹⁷ “Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno”. (Código de Processo Civil de 1939, **Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939**).

⁵⁹⁸ “Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário”. (Código de Processo Civil de 1973, **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**).

Dessa forma, em conformidade com o que dispunha o art. 546 do diploma legal supramencionado, os embargos de divergência seriam interpostos em face de decisão de turma que, em sede de recurso especial, divergisse do julgamento de outra turma, de seção ou de órgão especial; ou, no âmbito do recurso extraordinário, divergisse do julgamento de outra turma ou do plenário do STF⁵⁹⁹.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o recurso em questão, disciplinando-o nos seus arts. 1.043 e 1.044, sendo o novo Código mais detalhista do que o Código de 1973⁶⁰⁰.

Sabe-se que, no exercício de suas competências de superposição, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são responsáveis por uniformizar e padronizar a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional e constitucional, respetivamente⁶⁰¹.

Caso haja divergência entre decisões de turmas dos tribunais superiores e do STF, a justa aplicação da lei e da Constituição restará comprometida, razão pela qual é necessário que haja instrumento recursal idôneo para manter a coerência entre os julgados do mesmo tribunal, com o desiderato de afirmar a segurança jurídica e o tratamento isonômico entre ligantes, em causas idênticas.

⁵⁹⁹ “Art. 546. É embargável a decisão da turma que: I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno”. (Idem).

⁶⁰⁰ “Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia. (_____) Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

⁶⁰¹ “O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciais façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 228.432/RS. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. 01 de fevereiro de 2002. In: **Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 de março de 2002**).

Para tanto, viabiliza-se, por meio dos embargos de divergência, um reexame da matéria de direito, haja vista os recursos especiais e extraordinários não se prestarem ao reexame de provas e de fatos, e os embargos de divergência serem interportos partir de julgados destes recursos, por turmas de tribunais superiores ou do STF. O fundamento dos embargos de divergência será o antagonismo entre a decisão recorrida e o conteúdo do que já se decidiu, em outro momento e de forma diversa, por outra turma, do Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que a dissensão ou discordância sobre as quais se baseiam os embargos de divergência não basta ser alegada, é necessário que seja provada, posto que a divergência é condição para a admissibilidade desse recurso.

De acordo com o §4º do artigo 1.043 do CPC de 2015, a comprovação da divergência deve ser feita pelo recorrente com juntada de certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, sendo-lhe facultado usar mídia eletrônica, na qual foi publicado o acórdão divergente, com o devido apontamento das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados⁶⁰².

Com isso, busca-se reforçar a finalidade mediata dos embargos de divergência, que é a afirmação da coesão dos julgados, proferidos ou por turma e órgão especial do STJ ou por turma e Pleno do STF, ou por turmas diferentes destes tribunais, propugnando pela aplicação uniforme acerca de determinada questão jurídica, a qual se deu interpretação diversa, em momentos distintos, no âmbito desses tribunais.

8.3. Instituto da reclamação para preservação da autoridade das decisões do STF (e dos tribunais superiores)

Instrumento processual para fazer valer prevalência da autoridade das decisões dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, a reclamação é fruto de

⁶⁰² “Art. 1043, §1º. Em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma de mérito”. (____ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

construção jurisprudencial, tendo como raízes a teoria dos poderes implícitos, do direito norte-americano⁶⁰³.

A reclamação constitucional tem fundamento nos arts. 102, inciso I, alínea “I”⁶⁰⁴, 105, inciso I, alínea “I”⁶⁰⁵, e 103-A, § 3º⁶⁰⁶, da Constituição República. Aliás, em razão da inserção da reclamação no texto constitucional vigente, toda a discussão antes levantada acerca da constitucionalidade deste instituto foi superada; e outros tribunais, além do STF e do STJ, passaram a dispor em seus regimentos internos sobre este remédio processual.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 8.038 de 28 de maio de 1990, por meio dos arts. 13 a 18, disciplinou o instituto da reclamação, pela primeira vez num texto formalmente legal. Tais dispositivos legais foram revogados pela Lei n. 13.105, CPC de 2015, Código de Processo Civil, que tornou a disciplinar o instituto em comento, desta feita fixando regras sobre seu procedimento⁶⁰⁷, na esteira da valorização do sistema de obediência aos precedentes judiciais no direito brasileiro⁶⁰⁸.

⁶⁰³ “A teoria dos poderes implícitos se delineou a partir de problemas relacionados à discussão em torno dos limites à atuação das esferas governamentais da União e dos Estados no sistema federal norte-americano. O princípio federativo ali adotado partia da premissa de que os poderes da União são expressos e assim delimitados, enquanto os Estados-membros têm poderes remanescentes, desde que não expressamente proibidos”. (LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 112).

⁶⁰⁴ “Art. 102. **Compete ao Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - **processar e julgar, originariamente: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões**”. (_____ **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988**).

⁶⁰⁵ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) f) **a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões**”. (*Idem*).

⁶⁰⁶ “Art. 103 - A. § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial **que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal** que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. (*Ibidem*).

⁶⁰⁷ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – **garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade**; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”. (_____ **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**).

⁶⁰⁸ “O CPC/2015 acaba com qualquer dúvida ao regulamentar a medida originária – a reclamação é um instrumento importante, aplicável a qualquer Tribunal, com o objetivo de fazer respeitar a jurisprudência firmada pelas Cortes, e é cabível sempre que a jurisprudência realmente estiver consolidada e com eficácia que extrapole o limite do caso individual. Temos, assim, a consolidação da objetivação e a afirmação da mudança de papel nos tribunais em geral e em especial nos Tribunais Superiores – que passarão a serem cada vez mais Cortes de teses. Sejam as teses firmadas em controle de controle de constitucionalidade, em súmula vinculante, em repetitivos, em assunção de competência, (além das

No plano normativo-constitucional, com o advento da Emenda Constitucional de n. 45 – que acrescentou o art. 103-A ao texto constitucional –, a reclamação se tornou também instrumento processual a garantir o efeito vinculante das súmulas deste Tribunal. Em conformidade com o parágrafo 3º do art. 103-A, o ato administrativo (ou a decisão judicial) que contrariar súmula vinculante, aplicável a matéria, ou que a aplicar indevidamente, ensejará a propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, a Constituição da República aponta a reclamação, como remédio cabível para os casos nos quais se contrariar o texto sumular vinculante, ou o aplicar indevidamente, remédio pelo que se pretende a anulação dos atos judiciais ou administrativos, violadores do direito sumular vinculante.

E assim o é, porque não haveria efetividade em se conferir efeito vinculante às súmulas vinculantes, caso não houvesse a possibilidade de se anular ou de se cassar os atos administrativos e as decisões judiciais, respectivamente, se violadores de enunciado sumulado, com caráter vinculante. Não há norma cogente sem que haja sanção, nas hipóteses de sua violação.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil vigente, alterado pela Lei n. 13.256/2016⁶⁰⁹, sepultou qualquer controvérsia sobre a possibilidade de manejo da reclamação constitucional, para preservação da autoridade da súmula ordinária, que vale como acórdão proferido nos recursos extraordinários dos julgados com repercussão geral, e dispensou o mesmo tratamento ao *leading case* no caso de recursos extraordinários repetitivos.

Não se pode negar, portanto, que a reclamação constitucional corrobora para a consolidação do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo importante função na afirmação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica,

hipóteses de cabimento para resguardar a autoridade e a competência), a reclamação será o instrumento próprio para que se imponha o respeito à jurisprudência firmada pelos tribunais”. (PAIXÃO, Osmar Mendes. **A Reclamação do novo CPC – Fim das limitações impostas pelos tribunais superiores ao cabimento?** Revista de Processo, São Paulo, v. 244/2015. p. 347-358. jun. 2015).

⁶⁰⁹ “Art. 988. [...] § 5º. É inadmissível a reclamação: (incluída pela lei n. 13.256, de 2016) [...] II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias; (incluída pela lei n. 13.256, de 2016)”. (____ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

uma vez que possibilita que casos iguais àqueles que deram origem às decisões das cortes superiores, ou a enunciados sumulares, sejam tratados da mesma forma⁶¹⁰.

A partir das normas que regulamentam o procedimento da reclamação⁶¹¹, vê-se que esta não tem natureza jurídica de recurso ou sucedâneo recursal, aproximando-se mais, em sua natureza, de ação de competência originária do STF ou do STJ, com função correcional, e com o objetivo de garantir a autoridade das decisões, emanadas desses tribunais⁶¹².

É dizer, a reclamação se revela como mecanismo de afirmação da atribuição de guardião da Constituição, que tem o STF, tendo em vista que permite a anulação de ato administrativo e a cassação de decisão judicial, que não respeitarem enunciado de súmula vinculante, decisão do STF, prolatada em sede controle judicial concentrado da constitucionalidade ou, ainda, de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Ora, inócuo seria conferir ao STF função de corte constitucional, se não se dispusesse de instrumento capaz de injungir suas decisões, caso estas não sejam observadas. Assim, na hipótese de se estar diante de uma ofensa à coisa julgada, que se agregou às decisões as quais se referiu acima, seja por inobservância, contrariedade ou cumprimento errôneo da decisão, é cabível o manejo da reclamação, de forma a preservar a autoridade da decisão, violada ou descumprida.

A decisão, proferida em sede de reclamação constitucional, não tem o condão de substituir o ato cassado ou anulado, tendo em vista que o provimento judicial, prolatado

⁶¹⁰ *"Litigants are entitled to expect that like cases will be decided alike, and they are encouraged to do so by the courts. One litigant must necessarily be disappointed of his just expectations in the House of Lords that, the facts of his case are as he contended and although, as he like wise contended, there is no reasonable legal distinction between those facts and the facts of a previous case decided by the House, the case is one which ought not to be followed."* (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 103).

⁶¹¹ Cf.: (Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal – arts. 156 a 162) e (Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – arts. 187 a 192).

⁶¹² "Neste sentido, tem-se a Reclamação se caracteriza como ação constitucional, que os autores denominam também de remédio de garantia constitucional, cuja função precípua é a de assegurar a efetividade das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal e, eventualmente, aviltadas/inobservadas pelos demais Tribunais/Juízes ou, ainda, pela Administração Pública Direta ou Indireta. Ela é uma ação constitucional que se coloca ao lado do Habeas Corpus, do Mandado de Segurança que se citam aqui, por também possuírem especificidades e às vezes funcionarem como sucedâneo recursal, mas às quais já não se nega o seu caráter de ação". (SCHÄFER, Gilberto. **Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 139).

na reclamação, não se presta a reformar ou a substituir o ato administrativo ou a decisão judicial, mas sim, a determinar, na linha do disposto no § 3º do art. 103-A da Constituição da República, que o órgão produtor do ato violador de uma súmula vinculante profira nova decisão, sem os vícios da primeira.

É oportuno registrar que não se pode falar em desrespeito à autoridade das decisões do STF e de seus órgãos fracionários (além das decisões monocráticas de seus membros), se o próprio Tribunal entender que o ato judicial, objeto da reclamação constitucional, constitui atividade interpretativa do juízo reclamado, caso este esteja fazendo o *distinguishing* entre o caso *sub judice* e a decisão (ou súmula) do STF, cuja autoridade se pretende preservar. Nesta hipótese, o STF tem o poder/dever de afirmar ser correta a distinção feita pelo juízo reclamado, ocasião em que o próprio Tribunal também fará o *distinguishing*, em comento⁶¹³.

Não é possível ajuizar reclamação constitucional, se já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega ter desrespeitado decisão do STF, conforme súmula 734 do mesmo Tribunal. Isto porque, a reclamação não é sucedânea da ação rescisória⁶¹⁴, adequada para destituir a coisa julgada material, sem embargo do disposto no já citado § 5º do Art. 988 do Código de Processo Civil.

Quanto ao disposto no art. 988, II do CPC, que dispõe que a reclamação constitucional poderá ser manejada para preservar a autoridade das decisões do tribunal. No contexto da jurisdição constitucional, seria possível entender que toda e qualquer decisão do STF, caso seja desrespeitada, desafia a propositura de reclamação constitucional. No entanto, se essa interpretação fosse possível, o artigo em comento não faria menção expressa à utilização da reclamação constitucional para preservar a autoridade de súmula vinculante e de decisão do controle judicial concreto de constitucionalidade (inciso III); e para garantir a observância de acórdão de recurso

⁶¹³ *Distinguishing* é o que fazem os juízes quando traçam uma distinção entre um caso e outro. (...) é antes de mais nada uma questão de mostrar diferenças fáticas entre o caso anterior e o atual – de demonstrar que a *ratio* de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão. Cf.: DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**. New York, Cambridge University Press, 2008, p. 113.

⁶¹⁴ “Os meios de impugnação dividem-se, pois, em duas grandes classes: a dos *recursos* – assim chamados os que se podem exercitar *dentro* do processo em que surgiu a decisão impugnada – e o das *ações impugnativas autônomas*, cujo o exercício, em regra, pressupõe a irrecorribilidade da decisão. No direito brasileiro, o protótipo da segunda classe é a ação rescisória, eventualmente cabível para impugnar sentenças (de mérito) já transidas em julgada [...]”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 114).

extraordinário com repercussão geral ou repetitivo – por interpretação *contrario sensu* do § 2º, inciso II, do mesmo artigo.

A objetivação do recurso extraordinário se deve à disciplina jurídica que lhe foi concedida pelo instituto constitucional da repercussão geral. No mesmo passo, como nenhum recurso extraordinário repetitivo pode ser julgado sem o filtro da cláusula de repercussão geral, e como não se sustentaria na lógica jurídica uma interpretação que redundasse em alguns recursos extraordinários gozarem de eficácia transcendente e outros não; tem-se que o *leading case*, em caso de recurso extraordinário repetitivo, transcende os limites subjetivos da demanda. Foi por esta razão que os recursos extraordinários (não repetitivos) com repercussão geral e que os recursos extraordinários repetitivos receberam disciplina jurídica-legal de processo abstrato, com previsão de audiência pública, intervenção de *amicus curiae*, etc.

Nesse sentido, não há falar em eficácia transcendente dos incidentes de inconstitucionalidade julgados pelo STF, em sede de competência originária – diversa da competência para julgar as ações do controle abstrato/concentrado – ou em sede de competência recursal ordinária do Tribunal, após o trânsito em julgado dos acórdãos finais, proferidos nesses julgados; eis por que essas decisões, se violadas por outro órgão jurisdicional da República do Brasil, não desafiam a propositura de reclamação constitucional.

8.4. Cláusula impeditiva dos recursos (em geral)

A cláusula impeditiva de recurso foi instituída por meio da Lei 11.276/2006, que acrescentou o § 1º ao art. 518 do CPC de 1973. É de se observar que a instituição dessa espécie de filtro para interposição de recursos teve como finalidade propiciar efetividade a princípios constitucionais, tais como o da eficiência e o da duração razoável do processo, no intento de se prestigiar o embrionário sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro.

Ao se analisar o §1º do artigo 518 do CPC revogado, apreende-se que, nos casos em que a sentença estivesse em conformidade com o entendimento sumulado pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, não seria cabível a interposição do recurso de

apelação, uma vez que este estaria fadado a não ultrapassar sequer a fase da admissibilidade. O mesmo se dava quando a sentença, prolatada pelo juízo *a quo*, estava de acordo com o entendimento pacificado pelo próprio tribunal de apelação, ao qual era direcionado o recurso.

A flexibilização desse mandamento só seria possível se houvesse a presença, na causa de pedir, de fundamentos diversos daqueles que constituíram a *ratio decidendi* da decisão paradigmática, a partir da qual se formou o precedente judicial. Tais fundamentos teriam que, por si só, sustentar o juízo de convencimento do magistrado.

Acreditou-se, assim, que esse filtro, para interposição da apelação, fosse um eficaz instrumento para uniformização da jurisprudência, no direito brasileiro, uma vez que serviria para propagar a isonomia nas decisões, pois o juiz “se veria compelido” a decidir no mesmo sentido do entendimento sumulado.

Contudo, o que ocorreu foi que a cláusula impeditiva de recursos deu azo a decisões deficientes, que eram fundamentadas no direito sumulado, ainda que não houvesse similitude alguma com aquilo que se sumulou, não se mostrando, portanto, uma estratégia eficaz para uma adequada prestação jurisdicional⁶¹⁵.

Nesse cenário, o referido mecanismo de filtragem recursal foi motivo de inúmeras críticas, dentre as quais a que defendia a necessidade de que toda tramitação de recurso deveria ser possibilitada, caso o recorrente trouxesse à baila fato que levantasse a probabilidade de uma nova discussão, de maneira que se evitasse a reprovável justiça “calcarizada”⁶¹⁶.

Por ter conta da insatisfação generalizada com a cláusula impeditiva de recurso, tal instituto não apresenta correspondência no CPC de 2015, que, ao contrário disso, suprimiu o juízo de admissibilidade da apelação, pelo órgão julgante *a quo*, o que vai ao encontro do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, que a cláusula impeditiva de recurso violava⁶¹⁷.

⁶¹⁵ “Com efeito, na busca de uma efetividade quantitativa, são enfraquecidas as instâncias inferiores, mormente a justiça de primeiro grau, em favor da justiça de segundo grau e dos tribunais superiores” (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 214).

⁶¹⁶ Cf.: BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Vol. 2.** 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 37-38.

⁶¹⁷ “O Novo Código de Processo Civil não prevê a súmula impeditiva de recursos como requisito específico de admissibilidade da apelação, até porque o juízo de primeiro grau não faz mais juízo de admissibilidade

8.5. O sistema de precedentes no Brasil e o princípio constitucional implícito do (livre) convencimento motivado do juiz

Com a adoção do imperativo legal do respeito aos precedentes judiciais no Brasil, houve forte impacto no sistema judicial brasileiro, sobretudo no que se refere ao princípio livre convencimento motivado do juiz⁶¹⁸, que consiste na liberdade intelectual do magistrado para atuar, com o fim de solucionar conflitos de interesses, trazidos a juízo pelas partes do processo, pela via do direito de ação⁶¹⁹. É que o direito brasileiro consagrou o princípio da persuasão racional, como corolário do dever constitucional de o magistrado de fundamentar suas decisões.

A liberdade para atuar do magistrado consiste no poder/dever a ele outorgado, para valorar os fatos e o conjunto probatório inerente a cada processo, com amparo na legislação da República (daí a ideia de motivação), e com a finalidade de conferir a melhor avaliação ao caso concreto⁶²⁰. Desse modo, gozando de autonomia para apreciação, avaliação e valoração dos fatos e das provas, trazidas aos autos pelas partes da demanda, o magistrado é o Estado-juiz perante quem o jurisdicionado busca a tutela jurisdicional para o seu conflito de interesse⁶²¹.

da apelação. E, uma vez no tribunal de segundo grau, aquilo que cnicamente era tido pelo art. 518, §1º, do CPC/1973 como pressuposto de admissibilidade recursal será enfrentado e decidido por aquilo que realmente é, ou seja, o mérito recursal. Afinal, se uma apelação não é recebida porque por meio dela se impugnou uma sentença que está em conformidade com determinada súmula dos tribunais superiores, será exigido do órgão julgador uma análise do conteúdo do recurso à luz do teor da sentença, o que parece ser julgamento de mérito. Sem juízo de admissibilidade da apelação no juízo de primeiro grau, a aberração criada pela súmula impeditiva de recursos é suprimida do sistema sem deixar saudade”. (NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Método, 2015, p. 551.

⁶¹⁸ “O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito (lembremos sempre da integridade e da coerência presente em Dworkin [DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Havard University Press, 1977]) ”. (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 222).

⁶¹⁹ “O princípio em estudo, para Pontes de Miranda, tem o significado de: “é aquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa”. Grifo no original. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Tomo II, p. 136).

⁶²⁰ “Em face da presunção brasileira de que os Ministros (os juízes) devem possuir liberdade decisória, criou-se um quadro de ‘anarquia interpretativa’ na qual nem mesmo se consegue respeitar a historia institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal”. (THEODORO Jr. e outros. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário**, cit., p. 22).

⁶²¹ “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema

Nesse sentido, o princípio do livre convencimento motivado do juiz, para a sua atuação no processo judicial, atribui ao magistrado o poder/dever de avaliar os fatos, a partir das provas, carreadas aos autos, devendo o juiz nesse mister perseguir os subsídios, bases e motivos para sua decisão, que deverá encontrar arrimo, sempre, na lei, na doutrina e na jurisprudência, em razão da obrigação constitucional de se fundamentar as decisões judiciais (art. 93, inciso IX da Constituição da República).

Em contrapartida à afetação negativa ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, face a adoção pelo do direito brasileiro do sistema de precedentes judiciais, desponta o reforço que se deu ao princípio da segurança jurídica, que tem efeito pacificador, uma vez que cumpre a tarefa de tornar lineares as decisões judiciais, no que tange às lides de conteúdo similar ao precedente consolidado em súmula⁶²².

Pretendeu-se, com o advento da súmula vinculante e da cláusula de repercussão geral, que haja mais segurança jurídica, quanto aos milhões de processos judiciais julgados no Brasil, nos quais se manifeste a jurisdição constitucional difusa, já que as interpretações do STF – “última instância” da jurisdição constitucional difusa – deverão ser seguidas por todos os juízos, aumentando a percepção de certeza e de previsibilidade dos direitos e deveres pelos jurisdicionados. A aplicação do princípio da segurança jurídica iria ao encontro da diminuição de decisões contraditórias, emanadas dos órgãos judicantes do Poder Judiciário⁶²³.

Pode-se afirmar que a incerteza jurídica é fato grave que desestabiliza a harmonia social. De outra banda, cumpre registrar que a repercussão geral e a edição de súmulas vinculantes, na jurisdição constitucional concreta, intentam conferir mais homogeneidade e previsibilidade ao sistema judicial brasileiro, consubstanciando-se na afirmação do princípio constitucional implícito da segurança jurídica.

jurídico positivo”. (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 230).

⁶²² “Other civil law countries operate without the doctrine of stare decisis without experiencing this problem to the extraordinary degree it exists in Brazil”. (ROSENN, cit., p. 313).

⁶²³ “Se concluímos, por outro lado, que os *assentos* não ultrapassam o valor de instruções hierárquicas, como as ordens de serviço ‘na ordem administrativa ou burocráticas’, prescritas por uma autoridade a outras autoridades que lhes são subordinadas, então é o princípio da independência judicial ou da independência dos juízes, no seu sentido subjectivo e comum, que vemos frontalmente preterido. Sem dúvida que as ‘instruções’ não provem neste caso de fora do ‘poder judicial’, como intenções de um outro poder que aquele submeta, pois são emitidas pelo órgão judicial superior, mas nem por isso a função judicial deixa de ser pervertida [...]”. (CASTANHEIRA NEVES, cit., p. 18).

Assim, a vinculação dos juízos inferiores às súmulas do STF (e dos tribunais superiores) redundaria na diminuição considerável de decisões conflitantes sobre um mesmo tema constitucional (legal), fortalecendo o tratamento isonômico entre os sujeitos das relações jurídicas de direito material, submetidas ao crivo da jurisdição. É que não se pode tolerar a desigualdade entre iguais⁶²⁴. Aqui desponta o princípio constitucional da isonomia, e seu impacto sobre a prestação jurisdicional do Estado⁶²⁵.

Além disso, não se pode falar em acesso à justiça, de forma plena, se houver excessiva demora solução dos processos judiciais, pois, além do risco do perecimento do direito, a longa duração causa danos de ordem econômica⁶²⁶. Por isso, a quantidade exorbitante de processos versando sobre questões idênticas recebe atualmente o tratamento de demandas repetitivas, que se caracterizam pela distribuição ao Poder Judiciário de um grande número de processos com soluções semelhantes, ou idênticas, do ponto de vista material. A adoção do sistema de precedentes se justifica também para diminuir (ou até mesmo impedir) a excessiva quantidade de processos levados a julgamento (nos tribunais superiores) no STF, em sede recursal, nos quais se impugne alguma decisão proclamada em grau de apelação⁶²⁷.

Os críticos do modelo de precedentes alegam que as reformas processuais brasileiras, com o fim de afirmação do respeito aos precedentes judiciais, se deram num contexto de hierarquização do Poder Judiciário, em detrimento da liberdade de convicção dos juízes em benefício da celeridade das soluções das causas. E que no Brasil, “onde a jurisprudência é apenas uma fonte de apoio e não uma fonte criadora do direito”, a adoção

⁶²⁴ Segundo Alexy, “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório” (ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 150).

⁶²⁵ “O mote principal do princípio da igualdade (isonomia) é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades” (Rui Barbosa, por acasiao da II Conferência da Paz, ocorrida em Haia, em 1907, *apud*, FÉLIX, Mayna Cavalcante. **Rui Barbosa e a defesa do princípio da igualdade entre os Estados na Conferência da Paz de 1907**. In: <https://conteudojuridico.com.br> Consulta em: 25.09.2020).

⁶²⁶ “O tempo é um implacável inimigo do processo, contra o qual todos, o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado” (CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual, civil e penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86).

⁶²⁷ “Despite development of the institution of the *súmula*, Brazilian courts are continually subjected to repetition of rejected legal contentions and conflicting interpretations of the same legal provisions”. (ROSENN, cit., p. 313).

de súmulas vinculantes e da cláusula de repercussão geral (no recurso extraordinário) pode causar inconsistências e dificuldades no funcionamento judicial⁶²⁸.

Especula-se sobre uma suposta estagnação que os precedentes judiciais impõem à atividade judicial, limitando o livre convencimento do juiz. Que haveria um tolhimento na liberdade de julgar das instâncias inferiores, pois o juiz converter-se-ia num mero repetidor das súmulas editadas; posto que a evolução da jurisprudência não se dá dos órgãos judicantes superiores para os órgãos judicantes inferiores, mas sim ao contrário, pois são os juízes de piso, que mais vivenciam a vida cotidiana em sociedade.

Destarte, cogita-se que, através de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, supera-se a crítica à adoção do sistema de precedentes no direito processual brasileiro; uma vez que se busca o fortalecimento dos precedentes do STF, com a finalidade de pacificar os conflitos sociais acerca de questões constitucionais, ao se eliminar a possibilidade haver de decisões judiciais antagônicas sobre a constitucionalidade de normas infraconstitucionais⁶²⁹, além de afirmar a força normativa da Constituição.

Daí se infere que a súmula vinculante e a súmula ordinária – esta derivada de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral – não se baseariam em hipóteses, mas sim em conflitos reais; pois essas súmulas se revetiriam de contornos de abstratividade, que se agrega à razão de decidir dos casos paradigmas⁶³⁰.

Portanto, o disposto no § 1º do artigo 103-A da Constituição da República, que trata da finalidade a que se presta o direito sumular vinculante, bem como a cláusula de repercussão geral, para qual se exige o critério da transcendência, parecem ter distinguido a atividade normativa do STF da atividade legiferante do legislador. O Poder Legislativo

⁶²⁸ “Diante disso, a admissão e a efetiva adoção das súmulas vinculantes no Direito pátrio insultam e ameaçam a efetiva aplicação dos princípios constitucionais e processuais, chegando, por vezes, a ferir até o princípio constitucional da tutela jurisdicional e do livre acesso a justiça, concluindo-se assim pela incompatibilidade das referidas súmulas no atual ordenamento jurídico nacional frente, principalmente, ao princípio do Livre Convencimento do Magistrado. (CARVALHO, 2008, p. 3)”. (CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. **A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 07 setembro. 2008. Acesso em: 5 Nov. 2012).

⁶²⁹ “O que se está a fazer, efetivamente, é esconder, metafisicamente, o ‘caso concreto’ ‘atrás’ de um verbete (enunciado, súmula, etc.) que não tem a possibilidade – por uma impossibilidade filosófica – de abarcar as diversas hipóteses de aplicação”. (STRECK, **A hermenêutica jurídica e efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 230).

⁶³⁰ “A súmula não exsurge desse modo, para resolver um caso, mas sim, para resolver ‘todos os casos futuros’, como se fosse uma super-norma. Ora, como é impossível um texto (e a norma que dele se extrai) abarcar/prever múltiplas hipóteses de aplicação, o prejuízo é a singularidade de cada um desses múltiplas hipóteses, que fica ‘subsimida’”. (**Idem**, p. 234).

trabalharia com hipóteses e o Poder Judiciário laboraria com conflitos reais, que são deduzidos em juízo por meio do direito de ação, mesmo quando se julga conflitos em caráter abstrato⁶³¹.

Nesse sentido, o juiz estará submetido aos precedentes judiciais, formulados pelo STF (e pelos tribunais superiores), notadamente às súmulas vinculantes, da mesma forma em que deve obediência às leis da República. Sendo que as leis não serão aplicadas, se o juiz as declarar inconstitucionais, ou se o juiz entender pela sua não incidência, em face do direito intertemporal⁶³².

Não é demais lembrar que, por expressa disposição constitucional, somente se houver “controvérsia atual”, no âmbito do Poder Judiciário, ou entre órgãos de jurisdição e a Administração Pública (Art. 103-A, § 1º da Constituição da República), que causem a instabilidade ou o estado de incerteza, é que se justifica a edição de súmula com efeito vinculante pelo STF⁶³³.

O efeito vinculante da súmula, uma vez esta seja editada, se dirige ao Poder Judiciário e à Administração Pública, direta ou indireta, das três esferas federativas. Mas isso não significa que o Poder Legislativo está fora desse efeito vinculante, pois, nas ocasiões, nas quais se pratica, no âmbito deste Poder, atos administrativos, o direito sumular vinculante deverá ser observado. Entretanto, no tocante à atividade legiferante do Poder Legislativo, tem-se que as súmulas vinculantes não vinculam os atos legislativos

⁶³¹ “Dworkin defende que o juiz, ao decidir um caso, não o considera como um caso isolado, mas inserido em um todo (integralidade), num processo construtivo a que o juiz dá continuidade. Isso não significa que o juiz tenha de repetir a mesma decisão passada quando está diante de um caso similar – mesmo sendo os EUA um país historicamente de common law –, pois que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito é, também autor, (porque acrescenta algo ao efeito jurídico) e crítico do (pois que o interpreta) passado”. (THEODORO Jr. e outros, *Breves considerações sobre a politização do Judiciário*, cit., p. 20).

⁶³² “Se o dismantelamento do controle de constitucionalidade iniciou-se com a introdução da ADC, a máxima quixotesca concretizou, *pois bem dizem que o mal nunca vem só, e que o fim de uma desgraça é o princípio de outra maior*, foi a instituída com a EC 45/2004 a súmula vinculante em nosso ordenamento e o dismantelamento prosseguiu, porque o texto aprovado passou a conferir eficácia maior à súmula do que a própria lei, vez que esta se contrariada pelo juiz enseja recurso, se, no entanto, a decisão contrariar a súmula vinculante, em conformidade com a CF/1988, art. 103-A, § 3º, caberá reclamação para que a decisão seja cassada e outra proferida de acordo com o teor da súmula, se for o caso”. (ABBOUD, cit., p. 376).

⁶³³ “A súmula vinculante é um expediente similar aos revogados *assentos* portugueses e não aos precedentes do sistema da *common law*. A súmula vinculante se desvincula dos casos julgados que a originou, ela passa a vigor como um texto normativo de caráter formal e abstrato a ser aplicado no futuro”. (*Idem*, cit., p. 377).

próprios. Isto é, os instrumentos normativos (leis ordinárias, complementares, Emendas Constitucionais, etc.).

Tal inteligência deve ser estendida aos atos normativos infraconstitucionais primários, ainda que sejam emanados do Poder Executivo, posto que não possuem natureza jurídica de atos de administração, mas sim atos normativos *latu sensu*, uma vez que são revestidos de força de lei, por expressa disposição da Constituição da República (Art. 59, IV e V; Art. 84, VI, ‘a’ e ‘b’).

Numa ou noutra hipótese, é possível anular atos administrativos, que tenham sido editados com fundamento em atos normativos, posteriores à edição de súmula vinculante, e que lhe sejam semanticamente contrários, independentemente da natureza jurídica das normas infraconstitucionais primárias, como se verá no capítulo 13 deste estudo⁶³⁴.

Outra questão de relevo é o disposto do § 3º do artigo 103-A da Constituição da República, pelo que a vinculação à súmula não só impede que esta seja violada, como também repele a sua aplicação de forma incorreta⁶³⁵. Em um ou em outro caso, o aludido dispositivo constitucional previu, para a defesa do direito sumular vinculante, o manejo de reclamação constitucional, como se viu no tópico anterior.

É forçoso reconhecer que a adoção do sistema de precedentes na jurisdição constitucional difusa brasileira afetará os demais órgãos do Poder Judiciário no Brasil, acarretando uma limitação ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, relativamente ao exercício da jurisdição constitucional difusa, na medida em que o conteúdo de súmula vinculante (do STF) deverá ser observado por todos os juízos da República.

Nesse diapasão, os precedentes funcionam como verdadeiros limitadores do livre convencimento motivado do juiz, assim como ocorre com a legislação posta, pois se antes era defeso ao juiz julgar contra lei, doravante não poderá também fazê-lo em contrariedade ao conteúdo dos precedentes. Com um agravante, as leis podem ser

⁶³⁴ “Ocorre que com a EC 45, o *direito* nascido no Judiciário passou não apenas igualdade com o nascido no parlamento e, sim primazia”. (ABBOUD, cit., p. 384).

⁶³⁵ “Não há lei, princípio, súmula ou jurisprudência que possam prever todas suas situações de aplicação, toda norma (ou similar) é pensada para um certo número de situações”. (THEODORO Jr. e outros, **Breves considerações sobre a politização do Judiciário**, cit., p. 20).

afastadas pelo julgador, por inconstitucionalidade ou em razão do direito intertemporal, enquanto os precedentes não⁶³⁶.

Com efeito, poderão os juízos da República, no exercício de sua função judicante, interpretar os enunciados contidos nas súmulas do STF e dos tribunais superiores, a fim de aplicá-los ou não ao caso concreto⁶³⁷. Embora isso não implique em liberdade absoluta para se julgar, sem observar os precedentes judiciais e as leis postas, pois o que houve no Brasil, com a adoção do regime de precedentes, foi a ressignificação do princípio do livre convencimento motivado do juiz, que a partir de então perde o termo “livre”, que, diga-se de passagem, sempre foi inapropriado, uma vez que o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais é incompatível com a ideia de liberdade para julgar, no sentido de discricionariedade absoluta⁶³⁸.

8.6. Aplicação autônoma da teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes judiciais na jurisdição constitucional brasileira

Para a teoria da transcendência dos motivos determinantes aplicada a jurisdição constitucional, uma decisão de cognição exauriente, prolatada pelo STF em sede de jurisdição constitucional incidental, deve se projetar para além das partes do processo concreto, impactando as relações jurídicas exógenas à relação processual intersubjetiva do processo julgado no Tribunal; a partir da irradiação da eficácia *ratio decidendi* desse processo, que se dá por conta da transcendência (e da relevância) dos motivos que

⁶³⁶ Em sentido contrário, cf. Georges Abboud: “Destarte, uma vez evidenciada a natureza legislativa da súmula vinculante, torna-se imperioso admitir o seu controle de constitucionalidade em caráter difuso (perante o caso concreto), porque do contrário admitir-se-ia que no Brasil, o juiz pode praticar o controle de constitucionalidade de uma Lei Complementar e não pode do teor de uma súmula, o que seria o total aniquilamento do controle difuso de constitucionalidade brasileiro...” (ABBOU, cit., p. 378). Não se concorda com esta assertiva, porque seria o mesmo que não instituir o direito sumular vinculante, daí por que a solução viável para harmonização do sistema judicial de defesa da Constituição no direito brasileiro só pode ser a declaração de inconstitucionalidade do instituto da súmula vinculante.

⁶³⁷ “Esse paradigma que, em pleno século XXI, a EC 45 resgatou, no qual parece ser possível ao jurista aprisionar o tempo e impedir a interpretação da lei (súmula), o juiz passa novamente a figurar como a boca fria que profere as palavras da lei (súmula), e o STF passa a agir como *Le Tribunal de Cassation*, sempre que alguma decisão contrariar o teor de súmula vinculante, por intermédio da reclamação, poderá ser cassada e, assim, reenviada para que outra decisão seja proferida em seu lugar”. (Idem, cit., p. 376).

⁶³⁸ “A temática relacionada a discricionariedade e/ou arbitrariedade não parece ter estado na pauta das discussões da doutrina processual-civil em *terrae brasiliis*”. (STRECK, **Verdade e Consenso**, cit., p. 360).

determinaram a decisão; pelo o que, um julgado definitivo, proferido pelo STF num caso concreto, se reveste de contornos abstratos/objetivos⁶³⁹.

A ideia de eficácia transcendente da motivação guarda relação com a função precípua de um tribunal constitucional (e o STF faz as vezes de...), na medida em que possibilita que a fundamentação utilizada para declarar (in) constitucional uma determinada lei tenha força cogente, no sentido de afetar outras relações jurídicas processuais (e até as relações de direito material), as quais, por se assemelharem àquela já decidida, reivindicam a mesma solução dada pelo tribunal constitucional no caso paradigmático⁶⁴⁰.

Em sede de jurisdição constitucional, os motivos determinantes encontram-se no fundamento da decisão de cognição exauriente, prolatada pelo tribunal constitucional; constituem-se nos principais fundamentos jurídicos do *decisum*; e são suscitados quando da aplicação do precedente; sendo denominados no sistema jurídico do *common law* de *ratio decidendi* ou *holding*; e não se confundem com a *obiter dicta*,⁶⁴¹ que é o fundamento dispensável para o que se decidiu, uma vez que são argumentos ou opiniões, que não têm natureza de motivos determinantes da decisão, sem potencial, para se projetar, para processo julgado⁶⁴².

⁶³⁹ “Quero dizer que não cabe ao leading case determinar sua aplicação aos casos futuros, mas sim os casos futuros é que vão estabelecer “em algumas ocasiões um juiz reconhece abertamente que cabe aos casos posteriores determinar as conseqüências plenas do caso por ele decidido”. (STRECK, **Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis**, cit., p. 134).

⁶⁴⁰ “Seguimos um precedente não quando nossas ações meramente se coadunam como a experiência que adquirimos em casos passados, mas quando nos reconhecemos como vinculados “apesar de nossa crença de que a decisão anterior foi equivocada” (SCHAUER, 1991, P. 182)”. (BUSTAMANTE, cit., p. 708).

⁶⁴¹ “A literatura nacional sobre precedente judicial caracteriza-se, como a literatura anglo-saxã, pela desatenção à importância dos *obiter dictum*, preocupando-se mais em diferenciá-los da *ratio decidendi*, para evitar que se lhes atribuem efeitos vinculantes, do que em determinar o seu próprio valor normativo (ver, nesse sentido, MARINONI, 2010, P. 279-288; ZANETTI JR., 2015, P. 372; Mello, 2008, P. 125; e BARBOSA, 2014, P. 216-224)”. (*Idem*, p. 715/716).

⁶⁴² “Sobre isso, René David esclarece que, para a aplicação da regra do precedente, exige-se a análise dos comentários (*reasons*) das decisões judiciais, na qual o jurista deve distinguir aquilo ‘que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento e, por outro lado, aquilo que constitui *obiter dictum*, aquilo que o Juiz pode ter declarado sem necessidade absoluta. A *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no Direito Inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro. O valor do *obiter dicta* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do Juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso’. Antes de adotar a *ratio decidendi* – também denominada *holding* –, o princípio de Direito, interessa ao Juiz fixar os fatos relevantes (*material facts*) da controvérsia. O Direito da *Common Law* sempre é a discussão de um case. Os chamados *obiter dicta* são as afirmações em Direito que não constituem a *ratio decidendi* – a própria proposição de Direito não necessária –, porém enunciada *incidenter tantum*, relativa a fatos não relevantes, que têm expressão marginal e apenas valor persuasivo”. (SCHÄFER, **Súmulas vinculantes**, cit., p. 110).

Nesse cenário, a obrigação constitucional de fundamentar as decisões judiciais ganha ainda mais relevância, uma vez que há viabilidade de os fundamentos do *decisum* não alcançarem somente as partes envolvidas no processo, devendo ser invocados como fundamentos de julgamentos, a serem proferidos em casos análogos, posto que o precedente deve embasar a atuação de outros órgãos judiciais, afetados indiretamente pelas razões de decidir da decisão paradigmática, a qual se está conferindo transcendência, pelos motivos que a determinaram determinantes⁶⁴³.

Aliás, em reflexão mais detida, a teoria da transcendência dos motivos determinantes sempre serviu de fundamento (oculto) para que o Senado Federal pudesse estender a eficácia da decisão final, tomada pelo STF, em sede de controle difuso, para quem não tivesse sido parte do processo, o que se concretizava com retirada da eficácia da norma infraconstitucional, declarada inconstitucional pelo Tribunal.

O que mudou foi que, agora, a eficácia transcendente⁶⁴⁴, derivada das decisões finais do STF, foi positivada pelo legislador ordinário, com a juridicização normativa do sentido que o Tribunal já vinha emprestando ao instituto da cláusula de repercussão geral (que tem como requisitos a relevância e transcendência da matéria constitucional), instituída pelo constituinte reformador, através da EC n. 45, como condição para interposição do recurso extraordinário, perante o STF.

Ressalte-se que, apenas as razões que foram determinantes para a solução do recurso extraordinário podem adquirir efeito transcendente, não sendo todo e qualquer motivo que ensejará a possibilidade de transcendência, mas apenas a *ratio decidendi*, que

⁶⁴³ “Deixe-se claro, antes de mais nada, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes. Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC - a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista dos Tribunais. vol. 918/2012. p. 351–357. Abr. 2012).

⁶⁴⁴ “... os precedentes possuem uma “força institucional”, que compreende a capacidade que os tribunais superiores têm de vincular os tribunais inferiores e os oficiais que aplicam o direito em geral”. (BUSTAMANTE, cit., p. 712).

deve ser entendida “como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão”⁶⁴⁵, e que deve ocorrer de forma automática, desde que a legislação passou a exigir a edição de súmula ordinária, “que valerá como acórdão”, como meio idôneo para a extensão dos efeitos das decisões finais, tomadas pelo STF, conforme dicção dos arts. 927 (incisos III e IV) e 1035 (parágrafo 11) do CPC de 2015.

A despeito de haver no direito brasileiro, tanto o método abstrato/concentrado quanto o método concreto/difuso de fiscalização judicial da constitucionalidade, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, quando aplicada, faz como que ambos os métodos de controle da constitucionalidade se aproximem em seus efeitos; na medida em que, as razões das decisões do STF, prolatadas na fiscalização concreta da constitucionalidade, passaram a transcender o caso paradigmático⁶⁴⁶, e o julgamento do recurso extraordinário passou a se dar de forma abstrata.

Nesse sentido, muito embora a decisão final, prolatada pelo STF, em sede de controle jurisdicional difuso da constitucionalidade, via de regra, impactasse tão somente as partes do processo concreto; a partir da adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, com o advento da cláusula de repercussão geral, cuja existência passou a ser exigida como condição para interposição do recurso extraordinário, a decisão final, prolatada pelo STF, em sede de fiscalização constitucional difusa, teve sua irradiação ampliada, para afetar àqueles que não participaram do processo concreto, exatamente porque os motivos (fundamentos), que determinaram o que se decidiu, passaram a transcender para além da relação jurídica-processual original.

É dizer, aquilo que, *a priori*, poderia ser decidido de forma diferente por outros juízos ou tribunais, desde a edição da Emenda Constitucional n. 45, passou a ser afetado pelo precedente do STF, advindo do controle judicial concreto da constitucionalidade, por força da cláusula de pela repercussão geral, com a qual o julgamento do recurso extraordinário ganhou contornos de objetividade.

O mesmo deveria se dar com a edição de verbete sumular vinculante, a partir de reiteradas decisões do STF, no mesmo sentido, prolatadas em julgados da competência

⁶⁴⁵ Cf.: MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, cit., p. 293.

⁶⁴⁶ “As explicações oferecidas pelo positivismo de Schauer e Raz para a autoridade dos precedentes são comparativos com a diferenciação rígida entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, encontrada na doutrina estrita do *stare decisis*, que se tornou dominante no *common law* por influência do positivismo jurídico de Jeremy Bentham, no século XIX”. (BUSTAMANTE, cit., p. 711).

originária do Tribunal (excluídas as ações do controle judicial concentrado da constitucionalidade), ou prolatadas em sede de recurso ordinário constitucional (também de competência do STF), caso as súmulas vinculantes não tivessem se descolado dos precedentes que motivaram a sua edição, ao arripio do disposto no art. 103-A, § 1º da Constituição da República.

Porque a teoria da transcendência dos motivos determinantes passou a impactar sobremaneira a jurisdição constitucional concreta, no Brasil, com o advento da cláusula de repercussão geral, como condição para se interpor o recurso extraordinário, e com a institucionalização da súmula vinculante; é possível cogitar sobre o direito brasileiro ter adotado a doutrina do *stare decisis*, a exemplo da tradição jurídica norte-americana, com fulcro constitucionalização dessa teoria⁶⁴⁷.

Antes da positivação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, por meio da EC n. 45, com a instituição da cláusula de repercussão geral, para interposição de recurso extraordinário perante o STF, e da súmula vinculante; só era possível estender a eficácia dos julgados do Tribunal para os casos congêneres, com a intervenção senatorial, através da prerrogativa que se deu ao Senado Federal, para retirar (ou não) a eficácia da norma infraconstitucional, declarada inconstitucional pelo STF, o que vem sendo mantido, até a ordem constitucional vigente⁶⁴⁸.

Por fim, é inolvidável que não se pode mais admitir a aplicação autônoma da teoria da transcendência dos motivos determinantes, nos julgados do STF, desde a juridicização constitucional dessa teoria, a partir do que foram definidas as hipóteses nas quais essa teoria serve de fundamento, para que uma decisão do Tribunal transcenda para além das partes do processo, quais sejam, o recurso extraordinário com repercussão geral e a edição de verbete sumular vinculante; em que pese o STF venha aplicando a teoria em comento, ao arripio das normas constitucionais pertinentes.

⁶⁴⁷ Marbury não foi o primeiro caso a enunciar o princípio do *judicial review*. Houve precedentes nas cortes estaduais e nas cortes federais inferiores, nas quais juízes deixaram de aplicar leis que consideravam contrárias a dispositivos da Constituição estadual ou federal, cf.: HALL, Kermit L. ***The Oxford guide to United States Supreme Court decisions***. Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 174.

⁶⁴⁸ Cf: ítem 10.4 e ítem 12.4 desta tese.

9. Abstrativização do recurso extraordinário

Sob o pretexto de solucionar o problema da demanda judicial no Brasil, e da extensa competência atribuída ao STF, a corte máxima de nosso país, que julga inúmeros processos como se instância ordinária fosse, o que prejudica, por conseguinte, a prestação jurisdicional célere e efetiva; o legislador constituinte derivado reformador promulgou a Emenda Constitucional nº 45 (EC/45), que inseriu no texto constitucional a chamada cláusula de repercussão geral, como condição para se conhecer do recurso extraordinário, aprioristicamente (Art. § 3º).

Este instituto guarda inúmeras semelhanças com a arguição de relevância, prevista na Constituição de 1967, contudo, além da relevância, a cláusula de repercussão geral, como condição para interposição do recurso extraordinário, exige outrossim a transcendência da questão abordada. Num evidente aceno à ampliação desse filtro (cláusula de repercussão geral) para além de uma simples condição de procedibilidade recursal⁶⁴⁹.

Assim, a cláusula de repercussão geral tem natureza não só de requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário, amparado no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e célere, decorrente de um processo com duração razoável. Tal requisito de admissibilidade reafirma a importância do STF no contexto do sistema judicial fiscalização da constitucionalidade das normas no Brasil⁶⁵⁰, destinando a este Tribunal o julgamento das questões com maior relevância para a sociedade. Além de contribuir para a consolidação dos precedentes do STF, em matéria constitucional, nos julgados com repercussão geral, afirmando, assim, a força normativa da Constituição.

Vale ressaltar, que a institucionalização da repercussão geral, como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, levou parte da doutrina a duvidar dos efeitos benéficos desse requisito frente à possível mitigação da tutela efetiva jurisdicional. No

⁶⁴⁹ “Sobre a decisão do STF inadmitindo o recurso, importante anotar que a Corte não terá que demonstrar detalhadamente por que entende não haver repercussão geral, inclusive à vista de não caber qualquer tipo de controle sobre tal deliberação. Daí a razão do elevado quórum acima do indicado”. (Flávio Dino in: DINO, Flávio, MELO FILHO, Hugo, BARBOSA, Leonardo e DINO, Nicolau. **Reforma do Judiciário – Comentários a Emenda n. 45/2004**. Niterói, Impetrus, 2005, p. 76).

⁶⁵⁰ “ (...) o Supremo Tribunal Federal e o Recurso Extraordinário complementam-se pela identidade de função. Um não se compreenderia sem o outro, no que tange à matéria constitucional” (SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 106).

entanto, Luiz Guilherme Marinoni crê que tal exigência “conspira para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, compatibilizando verticalmente a jurisprudência, em homenagem à isonomia, ainda que possam existir prejuízos em casos concretos, devendo prevalecer, portanto, o interesse coletivo⁶⁵¹.

Relativamente ao conceito da repercussão geral, doutrina e jurisprudência, em consonância com a legislação processual vigente, constata a sua observância caso existam dois requisitos no caso concreto: a relevância e a transcendência do tema em julgamento⁶⁵². Em outras palavras, a questão constitucional (objeto do recurso) deve ser relevante do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, de forma que exista interesse de toda a sociedade para que tal questão seja apreciada pelo STF⁶⁵³; além do requisito da transcendência, pelo qual se deu caráter abstrato aos julgamentos dos recursos extraordinários, com o advento da repercussão geral, razão por que se admite, a manifestação de terceiros⁶⁵⁴.

Diante desses requisitos, verifica-se que haverá repercussão geral se o recurso extraordinário for manejado para reformar decisão de tribunal *a quo*, que declarar inconstitucional lei ou tratado federal, ou que for contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a legislação pátria detém

⁶⁵¹ Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 56.

⁶⁵² “Impõe-se que a questão debatida, além de se ensartar como de relevante importe econômico, social, político ou jurídico, ultrapasse o âmbito de interesse das partes. Vale dizer: tem de ser transcendente. Também aqui o legislador infraconstitucional alça mão de linguagem propositalmente vaga, consentindo ao Supremo Tribunal Federal a aferição da transcendência da questão debatida a partir do caso concreto. A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobreleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso)”. (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 37/38).

⁶⁵³ “Por repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, entenda-se a demonstração de que o efeito da decisão perseguida transborda o simples interesse individual das partes em litígio, repercutindo na harmonia do próprio sistema jurídico”. (DE LIMA, Francisco Meton Marques. **Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 68).

⁶⁵⁴ “Art. 1.035. [...] § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. (_____) Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

presunção de constitucionalidade, e que a não observância das decisões do Supremo, gera insegurança jurídica⁶⁵⁵.

É que se a decisão do guardião da Constituição for ignorada, indubitosa será a existência dos requisitos de relevância e transcendência, da questão debatida no recurso extraordinário, que houver sido interposto, fazendo-se necessária a adequação da decisão do tribunal *a quo* ao posicionamento do STF; ou promovendo a superação do entendimento outrora exarado, vez que o exercício da jurisdição não pode ser estático, devendo levar em consideração a evolução social, econômica, política e cultural quando da interpretação e aplicação da norma constitucional.

Evidentemente que, se o STF já houver manifestado seu posicionamento sobre a matéria, que constitui a causa de pedir do recurso extraordinário, não será necessário a apreciação da mesma questão novamente. Note-se que o tema analisado não perde o caráter de relevância ou transcendência, ao contrário, interpretações diversas pelo STF acabariam por tornar inócua a função de filtro destinada à repercussão geral.

A fim de racionalizar o exercício da jurisdição e facilitar a adequação vertical das decisões proferidas pela Tribunal, o STF deve editar súmula ordinária, ao julgar o recurso extraordinário, com repercussão geral, pelo o que o julgado se consolida como precedente.

Deste modo, a decisão proferida em sede recurso extraordinário, julgado com repercussão geral, terá eficácia *erga omnes*, a partir da edição da súmula ordinária em comento, motivo pelo qual a questão constitucional restará pacificada. E o fundamento da decisão (questão constitucional) e deverá ser observado por todos os demais órgãos judicantes do Brasil, uma vez que todas as pessoas terão sido impactadas por aquilo que se decidiu.

Isso aponta no sentido de que, com o advento da repercussão geral, o processamento e julgamento dos recursos extraordinários passaram ter natureza de

⁶⁵⁵ “Art. 1.035. [...] § 3o Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; (...) III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”. (Idem).

controle judicial abstrato da constitucionalidade, além de se intuir ter havido incorporação da doutrina do *stare decisis* pelo direito brasileiro⁶⁵⁶.

Para tanto, logo que reconhecida a repercussão geral no recurso extraordinário, o relator do recurso no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão⁶⁵⁷.

Caso não houvesse a suspensão dos processos em curso, que versem sobre a mesma matéria objeto do recurso extraordinário, e o STF viesse a julgar o recurso extraordinário, de forma contrária ao que se julgou nos processos que não foram suspensos, haveria evidente insegurança jurídica, haja vista a impossibilidade de modificar as decisões imutabilizadas pela coisa julgada, em que pese a eficácia transcendente das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário com repercussão geral.

9.1. Efeitos das decisões finais, proferidas nos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral

Em que pese fosse regra a eficácia *intra partes* das decisões proferidas, em sede de controle difuso⁶⁵⁸, e que não há previsão legal para a modulação de efeitos dos julgados prolatados por esse método de controle judicial da constitucionalidade, pode-se afirmar que, desde o advento da cláusula de repercussão geral, os acórdãos prolatados pelo STF, quando do julgamento dos recursos extraordinários, tanto têm eficácia *erga omnes* quanto podem ter seus efeitos modulados pelo Tribunal.

⁶⁵⁶ “Registre-se que a sistemática da repercussão geral faz com que as decisões proferidas nos processos-pardigmas espraíem seus efeitos para uma série de demandas sobre igual tema, antes mesmo da conversão do entendimento em súmula vinculante. É mais uma fase do fenômeno de ‘objetivação’ do recurso extraordinário”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1303).

⁶⁵⁷ “Art.1035. [...] § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”. (_____) Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

⁶⁵⁸ “*la declaración de inconstitucionalidade tiene efectos particulares*”. (CAPPELETTI, Mauro. **La Justicia Constitucional**. México: UNAM, 1987, p. 113).

A eficácia transcendente dos julgados dos recursos extraordinários decorre do requisito constitucional da transcendência, sem o qual não há repercussão geral, que é condição de procedibilidade para que o STF conheça do recurso, em comento.

No que diz respeito a modulação de efeitos das decisões, proferidas em sede de controle difuso, tem-se como superada a interpretação literal do disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99⁶⁵⁹, que prevê que a modulação dos efeitos da sentença (lato senso) só ocorre no controle concentrado de constitucionalidade; pois o STF vem firmando entendimento no sentido de que é possível a realização da modulação dos efeitos da sentença, em sede de controle difuso, mesmo ante a ausência de preceito normativo expresso⁶⁶⁰.

É dizer, o STF entende que o modelo difuso/incidental de controle judicial da constitucionalidade admite a relativização da teoria da nulidade das normas infraconstitucionais, declaradas inconstitucionais, de forma que os efeitos da sentença, que declara a inconstitucionalidade, podem não ser *ex tunc*, ou seja, podem ser *ex nunc*.

É que, com o advento da repercussão geral, como condição de procedibilidade para o conhecimento dos recursos extraordinários, se deu o fenômeno da abstrativização do controle concreto, motivo pelo qual os acórdãos proferidos nos recursos extraordinários têm eficácia transcendente⁶⁶¹; e, por conseguinte, abandonou-se a teoria da nulidade das normas infraconstitucionais, quanto aos efeitos das decisões, que as declararam inconstitucionais.

Diante disso, é possível, com o fim de prestigiar a segurança jurídica, e diante da repercussão geral, inerente à admissão do recurso extraordinário, a modulação dos efeitos do acórdão, proferido em sede de recurso extraordinário, com aplicação analógica

⁶⁵⁹ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁶⁶⁰ “(...) Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos para o futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido”. (RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, J.6.6.2002, Pleno; **Dj, 07.05.2004**).

⁶⁶¹ O que contem *the bildeng element*, ou o perde, é na verdade, um princípio de direito desenvolvido na decisão, conhecido por *ratio decidendi* ou *holding*. (Cf.: WARD, Richard. **English legal sistem**. London: Butterwoarths, 1990).

do art. 27 da Lei 9868/99, aos julgados do controle judicial difuso da constitucionalidade, em decorrência da adoção da técnica de interpretação da lei, a partir da Constituição da República.

É cediço que a cláusula de repercussão geral, além de ser condição de procedibilidade do recurso extraordinário, também dá a esse recurso contornos de fiscalização constitucional judicial abstrata⁶⁶².

Ocorre que o STF não faz controle difuso de constitucionalidade exclusivamente por meio de recurso extraordinário. Não raro há incidentes de inconstitucionalidade nas causas de competência originária não constitucional do STF – desafeta da competência para julgar ações do controle concentrado –, e no bojo de recurso ordinário constitucional de competência do Tribunal. Nesses casos, não há falar em repercussão geral, e nem em eficácia *erga omnes* dos julgados incidentais, que somente haverá se o STF editar sumula vinculante.

Ou seja, com a inserção da repercussão geral na sistemática dos recursos extraordinários, estes passaram a ser julgados em caráter abstrato, daí por que não só os julgamentos destes recursos deixaram de impactar somente as partes do processo; como a teoria de nulidade da norma infraconstitucional (inconstitucional) cedeu espaço à modulação de efeitos da decisão, haja vista haver terceiros, impactados pela decisão final, proferida no julgamento de recurso extraordinário, para quem os efeitos, aprioristicamente, deverão ser *ex nunc*⁶⁶³, podendo ser modulados pelo STF, na própria decisão, ou quando da edição de verbete sumular ordinário, derivado do julgamento do recurso extraordinário, julgado com repercussão geral, nos termos do art. 1.035, parágrafo 11, do Código de Processo Civil de 2015.

O mesmo não ocorre quando do julgamento, pelo STF, de causas para as quais o Tribunal é originariamente competente e que não têm natureza de jurisdição constitucional abstrata (ADI, ADC e ADPF). É que nestes casos, não há falar em

⁶⁶²É o que Marinoni denomina como “efeito pan-processual, no sentido que se espraia para além do processo em que fora acertada a existência da relevância e transcendência”. (MARINONI e MITIDIERO, **Repercussão geral no recurso extraordinário**, cit., p. 52).

⁶⁶³ Em sentido contrário: “Destarte, e em resumo, são efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental: [...] b) a retroatividade da decisão que pronuncia a nulidade (efeito *ex tunc*) da lei ou do ato, ressalvada hipótese de limitação dos efeitos, com base nas leis 9868 e 9882/99” (CUNHA Jr., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Juspodivm, 13. ed., 2019, p. 293).

abstrativização do controle concreto, razão pela qual o julgamento do incidente de inconstitucionalidade observará as regras gerais da eficácia entre as partes e do efeito *extunc*, regras estas inerentes à jurisdição constitucional difusa.

Salvo, se o Tribunal editar súmula vinculante, observando os ditames constitucionais e legais para sua edição; ou se o Senado Federal suspender a eficácia de norma infraconstitucional, declarada inconstitucional pelo STF, em sede de competência originária do Tribunal, diversa da competência para julgar as ações do controle concentrado. Tratamento idêntico deve ser dado aos incidentes de inconstitucionalidade, julgados pelo STF, em sede de recurso ordinário constitucional.

9.2. Eficácia da decisão final, prolatada em sede recurso extraordinário, julgado com repercussão geral

Diante do que se viu no tópico anterior, e de acordo com recente formulação jurisprudencial e doutrinária, a natureza do recurso extraordinário, no direito brasileiro, sofreu importante mutação. Antes do advento da repercussão geral, como requisito para o conhecimento do recurso extraordinário, não se olvidava ser este recurso instrumento processual da fiscalização judicial difusa/concreta da constitucionalidade.

Porém, a orientação mais recente da jurisprudência do STF dá nova dimensão ao recurso extraordinário, na medida em que se passa a dar ao julgados dos recursos extraordinários efeitos que, outrora, eram próprios e específicos do controle concentrado da constitucionalidade, de forma que a questão de inconstitucionalidade, julgada em um recurso extraordinário, passa a ser tomada em abstrato, realocando este recurso como instrumento processual do controle judicial concentrado da constitucionalidade⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ “Uma grande novidade está contida na proposta do art. 543-B do CPC (LGL\1973\5): quando o juízo de origem possuir vários recursos sobre causas idênticas, poderá pinçar um ou mais destes recursos (suspendendo os demais) para que o STF sobre ele (s) se pronuncie sobre a relevância, caso entenda não haver, os que ficaram suspensos na origem sendo tidos automaticamente como inadmitidos. Caso contrário, isto é, se o STF conhecer do (s) recurso (s), da mesma forma os que ficaram sobrestados deverão ser decididos em obediência à orientação firmada. [...]. O inverso também seria verdadeiro, ou seja: “não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do STF” (repercussão geral firmada no julgamento do RE 565.305 e outros, DJ 13.06.2008). Nesse caso ainda é possível ao recorrente tentar mostrar ou que o entendimento do anterior do STF está equivocado, ultrapassado ou, o que é mais interessante, que, a despeito de se tratar do mesmo “tema”, há peculiaridades tais que recomendam que o Tribunal o julgue efetivamente (e não

A jurisprudência atual do STF atesta uma tendência irrefreável para a objetivação do processo constitucional (*objektivesVerfahren*), o que provocará uma aproximação das eficácias das decisões finais, proferidas tanto no controle difuso, quanto no concentrado da constitucionalidade⁶⁶⁵.

Nesse contexto, ganha importância a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que pretende emprestar características objetivas ao controle difuso, tornando seus efeitos assemelhados aos do controle concentrado de constitucionalidade, com o fito de prestigiar a força normativa da Constituição República e a segurança jurídica decorrente da aplicação uniforme do texto constitucional; de modo que a repercussão geral, condição de admissibilidade do recurso extraordinário, torne aberta a causa da causa de pedir remota, formula na demanda, de forma que as decisões proferidas nos processos paradigmas irradiem seus efeitos para uma série de demandas com matérias semelhantes, independentemente da conversão do entendimento em súmula vinculante. Verifica-se aí o fenômeno da objetivação do recurso extraordinário⁶⁶⁶.

simplesmente repita decisões anteriores). [...]. O mecanismo de “pinçamento” faz com que apenas as razões/contrarrazões de um (ou alguns) casos sejam efetivamente julgadas; isso porque se entende que o tribunal julga, aí, não caso, mas “teses”, é dizer, julga “temas”, independentemente das razões/contrarrazões (de fato, mas também de direito) apresentadas pelos recorrentes (sejam estes aqueles cujos recursos não foram pinçados, seja, mesmo, quiçá, daqueles cujos recursos o tribunal julga”. (THEODORO Jr. e outros, **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário**, cit., p. 17/18). Observação: os autores fazem alusão ao Código de Processo Civil de 1973, embora isso não descontextualize a nota porque no Código atual (de 2015) há dispositivos similares.

⁶⁶⁵ “(...) nesses casos, o recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, **O recurso de amparo no sistema germânico**, Sub Judice 20/21, 2001, p. 33 e 49). (...)”. (RE 309452 RJ – Voto do Ministro Relator – Gilmar Mendes).

⁶⁶⁶ “Não se pode olvidar também o RE 298.695, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24-10-2003, no julgamento do qual a Corte concluiu pela possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário. Nesse precedente, o STF entendeu necessário diferenciar juízo de admissibilidade do recurso extraordinário de juízo de mérito, a fim de adequar essa orientação à sua jurisprudência sobre prequestionamento. Assim, o Tribunal afirmou que o juízo positivo de admissibilidade requer que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados, ao passo que o mérito envolve a verificação da compatibilidade entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1014).

Atente-se, contudo, que a eficácia *erga omnes*, conferida aos julgados, proferidos nos recursos extraordinários com repercussão geral, não se confunde com o efeito vinculante, que decorre da edição de súmula vinculante, ou de resolução do Senado, nos termos do art. 52, X da Constituição da República⁶⁶⁷.

É dizer, a eficácia transcendente impacta os demais órgãos do Poder Judiciário, mas não afeta a Administração Pública, nem os órgãos fracionários (turmas) do STF, e nem a atuação judicial monocrática dos ministros do Tribunal.

Afaste-se, por oportuno, a alegação de que o princípio do colegiado imporia aos ministros do STF a obediência a precedente decorrente de julgados em recurso extraordinário com repercussão geral. Este princípio não tem autonomia e não se basta em si, posto que tem natureza de fundamento de validade da decisão do colegiado⁶⁶⁸, e não de fundamento da eficácia e nem dos efeitos destas decisões do Tribunal.

Se o princípio do colegiado fosse bastante em si, o constituinte reformador não teria exigido quórum qualificado para edição de súmula vinculante (e esta sim vincula os órgãos fracionários do STF e seus ministros, e até mesmo o plenário do Tribunal, que para suprimi-la precisa do mesmo quórum que a editou). No mesmo sentido, o legislador infraconstitucional não teria concedido somente eficácia *erga omnes* aos julgados proferidos em recurso extraordinário com repercussão geral, não tendo concedido efeito vinculante a estes julgados.

Não se concedeu efeito vinculante aos julgados, proferidos em sede de recurso extraordinário, nem mesmo no Código de Processo Civil de 2015, o que torna evidente não haver vinculação dos órgãos fracionários e nem dos ministros do STF (em atuação monocrática, e na liberdade de seus votos) a essas decisões – proferidas em caráter

⁶⁶⁷ “Observando o limite subjetivo da decisão, ou seja, quem receberá a eficácia da decisão do Supremo, vem aquilo que se chama de eficácia *erga omnes*, que está vinculada à determinação dos sujeitos que receberão e respeitarão a decisão tomada pela Corte. [...]. Ademais, imperioso não confundir a *eficácia erga omnes* com o efeito vinculante, pois distinto. Este garante, como visto a vinculação, diga-se adesão, dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública à decisão do Supremo (mas não de toda a coletividade de cidadãos), enquanto aquela eficácia atinge os cidadãos que deverão obedecer e implementar a decisão da Corte”. (THAMAY, cit., p. 211 e 213).

⁶⁶⁸ “2.5.3. **Princípio da colegiidade e publicidade.** Esse princípio aplica-se às sentenças que decidem acerca inconstitucionalidade de determinado ato normativo. Tal previsão esta expressa no art. 97 da Constituição...” (ABBOUD, cit., p. 116).

abstrato, por força da repercussão geral, inerente a todo recurso extraordinário julgado pelo Tribunal.

Inferre-se daí que, se nem a repercussão geral vincula a atuação monocrática dos ministros e das turmas do STF, com maior razão não há falar em eficácia transcendente, sem que tenha havido julgado com repercussão geral. Daí se deduz que as decisões, prolatadas pelo STF, fora da competência para julgar ações do controle concentrado, não vinculam os ministros (decisão monocrática) nem as turmas do Tribunal, já que nem mesmo as decisões com repercussão geral tem esse condão.

Sem repercussão geral, não há obrigatoriedade de observância dos julgados do STF, pelos demais órgãos judicantes da República, ao contrário do que se fez no *habeas corpus* sobre a prisão após a condenação em segunda instância⁶⁶⁹. Pois, a repercussão geral é pressuposto para edição de súmula ordinária, cuja observância é obrigatória para os demais órgãos judiciais do Estado brasileiro. Esta é a inteligência dos incisos IV, do art. 927, cumulados com o parágrafo 11 do art. 1035, ambos do CPC de 2015.

Ainda que não unânime dentro do STF, é necessário a adoção convicta da *ratio decidendi* com seus efeitos irradiantes⁶⁷⁰, o que se dá com a edição de súmula ordinária, decorrente dos julgados prolatados nos recursos extraordinários com repercussão geral. Isso fará com que muitas ações semelhantes sejam julgadas conforme o entendimento do STF, sendo oponível reclamação constitucional, se houver desobediência à decisão do Tribunal, objeto da edição de súmula ordinária⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ A EXECUÇÃO DE ACORDÃO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM GRAU DE APELAÇÃO, AINDA QUE SUJEITA A RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO, NÃO COMPROMETE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, AFIRMADO NO ART. 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. (HC 126.292. SÃO PAULO. Relator: Ministro Teori Zavaski, In; **Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 de fevereiro de 2016.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>)

⁶⁷⁰ É toda a razão de direito aplicada a um litígio trazido a juízo. (Cf.: SLAPPER, Gary e KELLY, David. **English Law**. London: Cavendish, 2000, p. 33).

⁶⁷¹ “O procedimento deve ser tal que as perspectivas em concreto das partes sejam correlacionadas com aquelas que fundamentaram o discurso de justificação, de forma a aferir a correspondência entre as perspectivas dos participantes do processo judicial e as dos membros da comunidade jurídica, representados pelo juiz imparcial. Além de ser uma resposta àquelas partes, a pretensões a direito levadas pelas partes, a sentença deve ser tal que quaisquer pessoas que estiverem ali naquele caso obteriam a mesma decisão”. (THEODORO Jr. e outros. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário**, cit., p. 21).

Tal exegese é salutar para racionalização da prestação jurisdicional no Brasil, e se mostra afeita ao neoconstitucionalismo⁶⁷², no que tange à preocupação com a efetivação da tutela jurisdicional, no sentido de se afirmar a força normativa da Constituição; além de prestigiar o princípio constitucional da isonomia e da segurança jurídica, ao atribuir os mesmos efeitos da decisão (do STF) a todos os casos semelhantes.

Na doutrina, percebe-se a tendência na jurisprudência para efetiva adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes⁶⁷³. No mesmo sentido, o legislador brasileiro adotou a teoria da transcendência dos motivos determinantes, desde que, em julgados prolatados em sede de recurso extraordinário, conforme dicção dos já mencionados, artigo 927, IV, e parágrafo 11 do art. 1035, ambos do CPC de 2015, se deve editar súmula ordinária, como a qual se formaliza a eficácia transcendente inerente a esses julgados.

9.3. Recursos extraordinários repetitivos

Antes mesmo da entrada em vigor do CPC de 2015, com o advento da Lei nº 11.672 de 08 de maio de 2008, foi acrescido o art. 543-C ao CPC de 1973, já revogado, com o fito de disciplinar o julgamento de recursos repetitivos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁶⁷⁴. O fundamento da inovação foi a grande quantidade de recursos especiais, acerca da mesma matéria, que eram interpostos no STJ⁶⁷⁵.

⁶⁷² “Assim, o *neoconstitucionalismo* pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surge após a Segunda Guerra. Essas novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público” (ABBOU, cit., p. 46/47).

⁶⁷³ “A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas – ADI, ADC, ADO, ADPF e representação interventiva – operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de dessubjetivização das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p.1323).

⁶⁷⁴ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. §1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. §2º [...]”. (Código de Processo Civil de 1973 – Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 –, **incluído pela Lei nº 11.672, de 2008**).

⁶⁷⁵ “*The avalanche of cases is even more crushing for the STJ. In 2000, the STF received a record 105,307, and decided 86,138 cases, an average of 7830 cases per judge*”. (ROSENN, cit., p. 311).

Diante disso, e com a entrada em vigor do artigo supramencionado, o presidente do tribunal *a quo* passou a ter a prerrogativa de escolher um ou mais processos, dentre todos que versassem sobre a mesma matéria, para remetê-los ao STJ, ficando suspensos os demais, até o julgamento dos casos paradigmáticos por este Tribunal.

O fim colimado pelo legislador, com a instituição do art. 543-C, era o de “desafogar” o STJ, objetivando otimizar a prestação jurisdicional; pois se a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, não poderia o Poder Judiciário continuar abarrotado, com uma altíssima demanda de processos que versam sobre a mesma matéria de direito⁶⁷⁶.

Proferido, então, o julgamento pelo STJ, passou a caber ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal – tribunais de apelação – proceder de duas formas: negar seguimento aos recursos, quando os acórdãos recorridos estivessem em harmonia com o julgado paradigmático, proferido pelo STJ; ou reexaminar seus acórdãos, objetos de recursos especiais, na hipótese de os acórdãos divergirem do entendimento dado ao caso paradigmático.

Posteriormente, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), previu uma subseção específica sobre o julgamento dos recursos extraordinário e especiais repetitivos, ampliando de forma expressiva a eficácia das decisões proferidas nestes recursos, o que impactou sobremaneira a jurisdição constitucional difusa brasileira, no tocante a extensão desta técnica processual de julgamento por amostragem, em caso de recursos repetitivos, ao recurso extraordinário, que versa sobre questão constitucional

. O Código atual alargou a normatização feita pelo art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, pois regulou hipóteses não previstas anteriormente, como a possibilidade de haver audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento, bem como legitimou a intervenção do *amicus curiae*.

⁶⁷⁶ “O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), após debates internos e consulta ao Superior Tribunal de Justiça, em particular a partir de sugestão do ex-Ministro Athos Gusmão Carneiro, apresentou proposta de alteração legislativa visando a aplicação, também em relação ao recurso especial, de técnica de julgamento dos recursos repetitivos similar à adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da introdução do art. 543-B no Código de Processo Civil. Os objetivos desta proposta de alteração legislativa seriam por óbvio, reduzir o número excessivo de recursos especiais em tramite naquela Corte Superior, tendendo a uma prestação jurisdicional célere, de acordo com o ditame do art. 5º, LXXVIII, CF/88”. (CARNEIRO, 2008, p. 84 APUD REIS, Silas Mendes dos; SERAU Junior, Marco Aurélio. **Recursos Especiais Repetitivos no STJ**. São Paulo. Editora Método, 2009, p. 50).

Pelo disposto no seu art. 1036, diante da existência de multiplicidade de recursos (especiais ou) extraordinários, com base em questão de direito idêntica, deverá haver afetação⁶⁷⁷, pelos tribunais superiores ou pelo STF, para julgamento dos processos⁶⁷⁸.

Com a ampliação dos efeitos da decisão de afetação, (seja no âmbito do Superior Tribunal de Justiça seja) no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o ministro relator determinará à suspensão do processamento de todos os processos pendentes que tratem sobre a mesma questão objeto da controvérsia⁶⁷⁹.

Vê-se, assim, que o julgamento desses recursos por amostragem é instrumento jurídico processual, que objetiva controlar e minimizar a alta demanda (de recursos especiais e) de recursos extraordinários, por conta dos reclamos da sociedade acerca da morosidade do Judiciário brasileiro. E, sobretudo, é mais um mecanismo de afirmação do sistema de precedentes no direito brasileiro.

Nesse sentido, com o propósito de se prestar jurisdição, de forma mais célere, o legislador infraconstitucional concedeu a uma única decisão judicial o condão de afetar inúmeros outros casos, com identidade sobre a matéria de direito; pelo que, as demandas de massa, objeto de recursos repetitivos, passaram a ter uma solução com repercussão sobre todas as demais situações jurídicas similares, fenômeno este não estranho ao direito⁶⁸⁰.

É que, por vezes, uma decisão, por ser emblemática, serve como parâmetro para as decisões seguintes, em torno da qual estas gravitam. Trata-se de um *leading case*. E essa decisão-piloto se converterá em paradigma, que servirá de norte, a partir do seu julgamento, para a comunidade jurídica, pois canalizará o pensamento jurídico em determinado sentido, tendo força obrigatória para casos semelhantes, no que diz respeito aos demais órgãos do Poder Judiciário.

⁶⁷⁷ “Afetação é a decisão proferida pelo relator que, feita a seleção dos recursos paradigmas e preenchidos os demais requisitos do art. 1.036, caput, do CPC, identificará com precisão a questão jurídica a ser submetida a julgamento, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma questão, coletivos ou individuais, que tramitem em território nacional”. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

⁶⁷⁸ “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. §1º [...]”. (____ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

⁶⁷⁹ “Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I – [...]; II - **determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional**; III – [...]”. (*Idem*).

⁶⁸⁰ “Unlike the U.S Supreme Court or the Argentine Supreme Court, the STF has no device like certiorari to enable it to pick and choose cases it deems worthy of its review”. (ROSENN, cit., p. 312).

Assim, quando se está diante de vários recursos similares, escolhe-se um ou mais para serem decididos (pelo tribunal superior ou) pelo STF, aplicando-se o acórdão paradigmático aos demais recursos – até então suspensos, por decisão do relator. Nesse contexto, parece plenamente acertada a previsão legal de suspensão dos processos, que tramitam em outros órgãos judiciais – juízos monocráticos e tribunais de apelação –, enquanto pendentes de julgamento os *leading cases*, pois, os casos, aos quais se deu *status* de parâmetros, servirão de precedente de a aplicação obrigatória para situações análogas.

Seguindo essa linha de raciocínio, a decisão proferida em sede de recursos (especiais ou) extraordinários repetitivos será aplicada a todos os casos, com identidade na causa de pedir, pois a razão de decidir (*ratio decidendi*) terá força cogente e repercutirá em todo o sistema judicial brasileiro.

Além disso, a técnica de julgamento do *leading case*, na hipótese dos recursos extraordinários – que é o que interessa para esta pesquisa –, fortalece a jurisprudência do STF, pois se é certo que, no âmbito de suas competências originária e derivada, tem o Tribunal a tarefa constitucional de guardião da Constituição, não se deve tolerar que, em casos idênticos sobre questão de constitucionalidade, haja soluções díspares.

Sob outra perspectiva, da mesma forma que os julgados de recursos extraordinários com repercussão geral, que gozam de eficácia transcendente, a técnica de julgamento por amostragem de recursos repetitivos tem o condão de uniformizar o entendimento jurisprudencial, pois os julgamentos de casos paradigmáticos, em sede de recurso extraordinário pelo STF, tem força de precedente judicial obrigatório, a ser observado no da jurisdição constitucional difusa, por outros órgãos judicantes do Poder Judiciário.

Ademais, a *ratio decidendi* da “decisão-piloto” deve incidir sobre todos os outros processos em curso, os quais, por nos termos do art. 927, IV do Código de Processo Civil de 2015⁶⁸¹, deverão seguir o acórdão proferido no julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, deixando apenas de segui-lo se houver a demonstração, em consonância com o art. 489, § 1º, VI⁶⁸², de distinção no caso em julgamento ou a

⁶⁸¹ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] IV- **os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional** e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; [...]”. (____ Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015).

⁶⁸² “Art. 489. São elemento essenciais da sentença: [...] § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI- deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. (**Idem**).

superação de entendimento firmado, aproximando o direito brasileiro, dessa forma, da doutrina do *stare decisis*, pois se impõe aos juízes ou aos tribunais a força do precedente firmado pelo STF.

Não se está, com isso, mecanizando o julgamento dos recursos extraordinários, pois essa resolução de julgar “por amostragem” é feita a partir da identificação precisa das questões que serão submetidas a julgamento, com a possibilidade de o relator, conforme o art. 1038, I e III do CPC, “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, bem como realizar “audiência pública”, como já dito, e também “requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia, com a devida manifestação do Ministério Público”.

Além do mais, existem mecanismos de superação da suspensão dos demais processos, pois é evidente que não se pode deixar de lado aspectos essenciais para a correta implementação do instrumento de suspensão, como a necessidade de haver meio para que se possa combater o sobrestamento, tendo em vista que pode haver hipótese de ausência de compatibilidade entre a matéria discutida num determinado processo e o *leading case* a ser julgado⁶⁸³.

Saliente-se, da mesma maneira, que não se pode olvidar que o direito das partes à razoável duração do processo deve nortear todos os julgamentos dos casos paradigmáticos, uma vez que as partes certamente são prejudicados pelo sobrestamento de seus processos, por tempo indeterminado, motivo pelo qual o § 4º, do art. 1037, dispôs que “os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”.

⁶⁸³ “Art. 1.037. (...). §9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. §10. O requerimento a que se refere o §9º será dirigido: I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem; IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado. §11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o §9º, no prazo de 5 (cinco) dias. §12. Reconhecida a distinção no caso: I - dos incisos I, II e IV do §10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II - do inciso III do §10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único. §13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o §9º caberá: I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; II - agravo interno, se a decisão for de relator. (_____) Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Impende analisar os dispositivos legais que disciplinam o julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. No que diz respeito aos recursos especiais, de competência do STJ, não há como cogitar de inconstitucionalidade, porque o que for decidido no *leading case* tem a ver com interpretação de direito infraconstitucional, a impactar os demais processos, que versem sobre a mesma matéria. E mais, o paradigma utilizado para as decisões-pilotos será necessariamente uma norma legal (ou uma norma integrante do bloco de legalidade), que se alterada pelo legislador ordinário, terá como consequência a superação do precedente.

Quanto aos recursos extraordinários, que versam sobre matéria constitucional, tem-se que a abstrativização desta espécie recursal decorre da disciplina jurídica que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu a cláusula de repercussão geral, como filtro a interposição do recurso (requisito da relevância da matéria) e como fator para fazer transcender a *ratio decidendi* da decisão-piloto (requisito da transcendência).

Com efeito, não haveria nenhuma lógica científica se houvesse decisões proferidas em recurso extraordinário com eficácia *erga omnes* e outras não. Ademais, não há como julgar um processo-piloto, em sede de recurso extraordinário, sem a filtragem antecedente, relativamente à incidência da cláusula de repercussão geral. Com efeito, a técnica processual de julgamento de recursos repetitivos por amostragem, juntamente com a cláusula de repercussão geral são o verdadeiro signo da adoção da doutrina do *stare decisis*, pelo direito brasileiro.

9.4. A atuação do Senado Federal na retirada de eficácia de norma infraconstitucional primária, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso: mutação constitucional?

Diante da tendência de objetivação do controle judicial difuso da constitucionalidade, realizado pelo STF, em sede de recurso extraordinário, é necessário refletir sobre o papel destinado ao Senado Federal no processo de retirada de eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal (no controle difuso)⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ “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;”. (____ Constituinte da República Federativa do Brasil).

Primeiramente, cabe revistar o histórico do instituto. A atuação senatorial no controle judicial difuso/concreto da constitucionalidade remonta à Constituição Brasileira de 1934, período em que só havia no Brasil esse método de fiscalização constitucional das normas; de modo que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional gerava apenas eficácia *inter partes*, ou seja, exclusivamente em relação às partes de uma relação processual intersubjetiva.

Havia ainda um problema de base doutrinária, com forte implicação no tratamento dado pelo direito brasileiro quanto aos efeitos e eficácia da decisão do STF, prolatada em sede de controle concreto, pois, em decorrência da influência exercida pelo direito norte-americano, adotou-se o dogma da nulidade da lei inconstitucional no Brasil⁶⁸⁵.

Com isso, era paradoxal que um sistema de defesa judicial da Constituição admitisse a manutenção na ordem jurídica de uma lei, plenamente eficaz, ainda que sua inconstitucionalidade (nulidade) já houvesse sido declarada pela mais alta corte da República, corte esta que gozava do *status* de guardião da Constituição. Ou seja, a lei, que houvesse sido declarada nula pelo STF para as partes de um processo, continuava vigente e eficaz para todos.

É que, apesar da já mencionada influência do direito estadunidense no direito constitucional brasileiro, as causas decididas pelo STF, no controle concreto (único modelo existente à época), não tinham eficácia transcendente até as últimas décadas, porque o Brasil, mesmo tendo adotado o método de controle difuso, modal norte-americano de fiscalização judicial da constitucionalidade, não aderiu à doutrina do *stare decisis*, em respeito a outro dogma – neste caso, conflitante –, o da separação dos poderes, em sua feição europeia (continental), que tende a rejeitar o *judicial review*.

Nessa quadra, a possibilidade de retirada da eficácia pelo Senado Federal de norma infraconstitucional, declarada inconstitucional pelo STF, foi instituída na Constituição de 1934, com efeito *ex nunc*. Tal solução continuava a contrariar o dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional – em uma época que inexistia modulação de

⁶⁸⁵ “Na tradição brasileira, julgada procedente a ADI ou improcedente a ADC, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Eventual decisão de caráter restritivo a de ser expressa, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99”. (MARTINS e MENDES, **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, cit., p. 451).

efeitos –, que se aplicava apenas às partes do processo concreto, para as quais o efeito da decisão do STF era *ex tunc*. Contudo, a atuação senatorial passou a resolver a contradição de uma lei subsistir, produzindo efeitos, mesmo após ter sido declarada inconstitucional pelo STF. Este instituto foi mantido, por todas as constituições brasileiras, que se seguiram a Constituição de 1934.

É cediço que o ato suspensivo (emanado do Senado Federal) da eficácia da lei, declarada inconstitucional pelo STF, não a derroga (a lei), apenas cessa-lhe a eficácia, de forma ampla e com efeitos *ex nunc*⁶⁸⁶. É que essa lei teria ingressado no ordenamento jurídico, por atuação do Congresso Nacional, Câmara e Senado, e não apenas pelo Senado, eis por que esta Casa sozinha não poderia revogar a lei.

E como não existia controle judicial abstrato da constitucionalidade, quando da instituição dessa prerrogativa constitucional do Senado Federal, a norma declarada inconstitucional, pelo STF, não era expurgada do ordenamento jurídico, e continuou a não ser, como efeito imediato da declaração de inconstitucionalidade, proferida em sede de controle judicial difuso da constitucionalidade, mesmo após a adoção do método misto de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, que se deu com a instituição da ação direta de inconstitucionalidade, pela Emenda Constitucional n. 16 à Constituição do Brasil de 1967. Posto que, o expurgo da norma infraconstitucional primária, declarada inconstitucional pelo STF, somente se dá no método abstrato/concentrado de fiscalização judicial da constitucionalidade, inaugurado com a Emenda n. 16 à Constituição Brasileira de 1967.

Outro fundamento para que se optasse pela retirada da eficácia da lei, declarada inconstitucional pelo STF, na forma incidental, era a possibilidade de o Tribunal mudar sua jurisprudência, a partir do que, a eficácia da norma seria restaurada. Registre-se que, situação idêntica ocorre com a eficácia *erga omnes* dos julgados, prolatados nos recursos extraordinários com repercussão geral, já que o STF pode mudar seu entendimento.

⁶⁸⁶ “Não se pode confundir o instituto da suspensão da norma com o da sua revogação. A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante a sua vigência. Isso significa que, mesmo depois da sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador público e por quem mais tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as consequências são diferentes. A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu”. (ZAVASCKI, Teori. **Coisa Julgada Em Matéria Constitucional: Eficácia Das Sentenças Nas Relações Jurídicas De Trato Continuado**. 2001, p.15).

Infere-se daí que, ainda que os métodos de controle judicial da constitucionalidade tenham se aproximado no direito brasileiro, quanto à eficácia de suas decisões, não há expurgo de lei por meio da fiscalização constitucional difusa, mesmo que o STF tenha julgado recurso extraordinário, com repercussão geral, ou que tenha editado verbete sumular vinculante.

É que, quanto aos efeitos das decisões, os dois métodos judiciais de fiscalização da constitucionalidade continuam diferentes: no método concentrado/abstrato, os julgados têm efeitos vinculante e *ex tunc* – via de regra, posto ser possível a modulação dos efeitos da decisão, quanto a sua eficácia no tempo –; enquanto no método difuso/concreto, os julgados têm efeitos não vinculantes e *ex nunc*, para quem não foi parte no processo intersubjetivo.

Os julgados do STF, provenientes do controle judicial difuso/concreto da constitucionalidade, só terão efeito vinculante, se houver resolução senatorial, suspendendo a eficácia da lei, declarada inconstitucional; e só terão efeito *ex tunc* para as partes do processo intersubjetivo, no qual o STF declarou inconstitucional a lei, em comento.

Deve-se ressaltar que tal suspensão da eficácia da norma, declarada inconstitucional pelo STF, dar-se-á relativamente a qualquer espécie normativa, inclusive lei estadual ou distrital, posto que o Senado Federal é a Casa da Federação. Não há também necessidade de que o Presidente do STF expeça comunicação formal ao Senado Federal, para que este possa exercer a sua atribuição constitucional; não é necessário, como outrora, que haja pedido do Procurador Geral de República, neste sentido.

Portanto, pode o Senado deliberar, de ofício, sobre a edição (ou não) do ato (resolução) suspensivo da eficácia de norma declarada inconstitucional, pelo STF, em sede de jurisdição constitucional difusa, através de sua comissão de Constituição e Justiça, não havendo prazo para tal deliberação, em razão do caráter político que reveste tal prerrogativa, que tem natureza de discricionária, e que decorre diretamente de norma constitucional dotada de eficácia plena⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ “Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal. (...) tudo está a

Não cabe ao Senado Federal analisar o mérito da questão apreciada, mas sim a convivência de conceder (ou não) a expansão de eficácia àquela decisão, não possuindo, por isso, a atribuição de estender ou limitar os efeitos da decisão proferida pelo STF, ou seja, não podendo modular os efeitos da decisão do Tribunal⁶⁸⁸⁶⁸⁹.

Desta feita, resta evidente que a atuação do Senado Federal no controle judicial difuso da constitucionalidade sofreu modificações dentro da evolução constitucional brasileira. No entanto, não se pode aderir à tese daqueles que defendem ter havido mutação constitucional do art. 52, X, da CF, por interpretação, pelo que a resolução senatorial se prestaria somente a dar publicidade às decisões do STF, prolatadas no controle difuso da constitucionalidade, cujos julgados já gozariam de eficácia *erga omnes* decorrente da própria decisão do Tribunal⁶⁹⁰.

Remanesçam imunes à eficácia transcendente, os acórdãos finais, proferidos pelo STF, após o julgamento de incidente de inconstitucionalidade, que forem suscitados

indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para ordem jurídica". (BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, abr/jun 1976, ano 13, n° 50, p. 55).

⁶⁸⁸ No sentido do texto: "Temistocles Cavalcanti responde negativamente, sustentando que a 'única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência', da mesma forma Bandeira de Mello ensina que 'a suspensão da lei corresponde à revogação da lei', devendo 'ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*'". (MENDES, **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 385).

⁶⁸⁹ Em sentido contrário: "Quer isso dizer que o Senado, na hipótese de aplicação do dispositivo constitucional em comento, poderá ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, obtida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário, fazendo com que a norma propriamente dita deixe de ser aplicada, *em face de todos, e a partir daquela suspensão*". (ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JR, Vidal. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Sraiva, 2010, p. 49/50).

⁶⁹⁰ "É importante, a respeito, a Rcl 4335, proposta em face de decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, que indeferiram pedidos de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado pela prática de crimes hediondos. Nesta Reclamação, afirmou-se ofensa à autoridade da decisão proferida pelo STF no HC 82959, em que se declarou incidentalmente, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O relator, Min. Gilmar Mendes, julgou procedente a Reclamação para alcançar as decisões impugnadas, sob o fundamento de que estas afrontam a decisão proferida no HC 82959. [...]. Concluiu que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia vinculante da decisão proferida pelo STF no HC 82959 e que, como esta decisão tem eficácia, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado a de ter simples efeito de publicidade, ou seja, de comunicar esta Casa Legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso* [...]. *Informativo* 454, STF, Rcl 4335, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, 01.02.2007". (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 968/969).

nos processos de competência originária – afora as ações típicas do controle concentrado – ou nos processos de competência recursal ordinária do Tribunal, porque esses processos não são julgados com repercussão geral.

Aliás, é por conta desses processos de competência originária (não constitucional) do STF e de recursos ordinários constitucionais, nos quais pode haver declaração incidental de inconstitucionalidade, que a resolução senatorial subsiste, e consiste em um dos meios idôneos para se conceder eficácia *erga omnes* aos julgados do Tribunal, nestas hipóteses; uma vez que, nesses casos não há falar em repercussão geral, da declaração de inconstitucionalidade, proveniente do STF; portanto, não se cogita de transcendente imediata dessas decisões.

O outro meio idôneo para se conceder eficácia transcendente a julgados do STF, proferidos incidente de inconstitucionalidade, prolatados em sede de processos de competência originária do Tribunal, desafeta das ações do controle concentrado, ou de recurso ordinário constitucional, é a edição de súmula vinculante, que depende de quórum qualificado e de que haja reiteradas decisões no mesmo sentido. Entender de outra forma é tornar letra morta o instituto da súmula vinculante.

Nesse sentido, mais correta é a posição que defende não ter o art. 52, X, da CF/88 sofrido mutação constitucional, posto que ao Senado Federal compete a prerrogativa de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF, que declararem a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso, fora da hipótese de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral⁶⁹¹.

É cediço que o direito brasileiro optou de forma incontroversa pela valorização dos precedentes judiciais, oriundos (tribunais superiores e) do STF, no intuito de promover a segurança jurídica e a aplicação uniforme do direito (infraconstitucional e) constitucional. Contudo, mesmo com o advento da cláusula de repercussão geral e com a disciplina jurídica dos recursos extraordinários repetitivos, julgados por amostragem, a eficácia transcendente não adere a acórdão, que não tenha sido prolatado em sede recurso extraordinário.

⁶⁹¹ Cf.: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO 4.335. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de março de 2014. In: **Diário Justiça Eletrônico, Brasília, p. 6, 22 de outubro de 2014.** (Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20080307_042.pdf.)

Com efeito, a retirada da eficácia da norma infraconstitucional declarada inconstitucional pelo STF, por resolução senatorial, na forma do art. 52, X da Constituição do Brasil, não apenas concede eficácia transcendente aos julgamentos do Tribunal, prolatados em sede de controle judicial difuso da constitucionalidade, e proferidos sem repercussão geral; como lhes concede efeito vinculante a impactar também a Administração Pública, uma vez que norma ineficaz não incide porque não produz efeito⁶⁹².

É que, mesmo com o advento da repercussão geral, que emprestou eficácia *erga omnes* aos julgados proferidos em sede de recurso extraordinário, não há falar em efeito vinculante proveniente desses julgados. Daí por que, só se concede efeito vinculante a acórdão final, prolatado em sede de recurso extraordinário, por resolução senatorial ou por edição de súmula vinculante.

Isso afasta a tese de que houve mutação constitucional do art. 52, X da Constituição do Brasil, até porque não cabe mutação constitucional quando se afeta uma cláusula pétreia, que se não admite sequer emenda constitucional, não pode admitir mutação⁶⁹³.

É dizer qualquer tentativa de se abolir uma prerrogativa do Parlamento, ou de uma de suas Casas, é ilegítima, seja por emenda, seja por mutação (principalmente), posto

⁶⁹² Em sentido contrário ao texto, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1308).

⁶⁹³ Em relação ao primeiro fator, que abordaremos de forma brevíssima, diríamos que os juízes constitucionais procuram hoje um protagonismo que pode ser justificado de uma dupla perspectiva. De um ponto de vista objetivo, esse protagonismo é expressão da própria ampliação e valoração da função e do poder judiciais, em parte motivada e explicada pela expansão de outros poderes (legislativo e executivo). Acresce a isso a necessidade que os juízes constitucionais sentem de dar solução à disfunção desses dois poderes, em particular a incapacidade do legislativo para regular ou regular em tempo útil certas questões importantes para comunidade, realidade mais patente em certos países como o Brasil. De um ponto de vista subjetivo, este protagonismo pode corresponder a fins puramente egoístas (v.g., ascensão social) ou pode ser sintomático de uma verdadeira “saída do armário” dos juízes constitucionais, assumindo estes publicamente a sua condição de agentes políticos – aos quais cabe, portanto, desempenhar um papel ativo na arena política, ombreando com os decisores políticos tradicionais (o legislador e o executivo, Governo e/ou presidente da República)”. (URBANO, cit., p117).

que a divisão orgânica do Poder é gravada com cláusula de imutabilidade, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, inciso II, da Constituição da República.

Ainda mais nesta hipótese, em que o STF reivindica para si uma prerrogativa constitucional conferida a um dos Poderes da República, *ipso facto* ao Senado Federal – umas das Casas do Congresso Nacional –, por mutação constitucional – que é poder/dever de o Senado retirar a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF, em última instância⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ “Deste modo, chega-se à conclusão de que o STF não está autorizado a subverter o texto constitucional e impor a existência de uma “mutação constitucional” que não se verifica no meio social. Não há nenhuma evidência de existência de disparidade entre o texto do art. 52, X, da CF/1988 e o entendimento predominante nos tribunais, nas academias e na sociedade acerca do papel fundamental e democrático do Senado Federal, no processo de controle difuso de constitucionalidade. É evidente que a tentativa de institucionalizar essa inovação (objetivação do controle difuso) tem o único fim de privilegiar a efetividade quantitativa (e não qualitativa) dos julgamentos. Ou seja, busca-se mais um meio de acelerar o julgamento dos feitos e reduzir o número de ações em trâmite, sem que haja qualquer preocupação com o direito fundamental dos cidadãos ao processo e ao modelo constitucional de processo”. (SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. **A Objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Concreto de Constitucionalidade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 81/2012. p. 13 – 35. Dez/2012).

10. Súmula vinculante

Instituto criado por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, publicamente conhecida como a Reforma do Judiciário⁶⁹⁵, a súmula vinculante seguiu a tendência de textos legais, que dispunham sobre afirmação do sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, tendo sido instituída com a pretensão de preservar a coerência e harmonia das decisões judiciais, diante de inúmeras interpretações jurídicas ditas controversas⁶⁹⁶.

Até a publicação da emenda constitucional acima mencionada, não havia no ordenamento jurídico brasileiro o poder de vinculação ou obrigatoriedade de observação de súmulas, sendo a prática sumular meros enunciados que o STF (e os tribunais superiores) editavam sobre matéria que lhe era corriqueiramente apresentada, sem força cogente.

O efeito vinculante dos julgados emanados do STF no Brasil esteve associado, inicialmente, às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade; sendo que, a partir da EC nº 3/ 1993, ocorreu a formalização constitucional do efeito vinculante, com a previsão de que as decisões definitivas de mérito, proferidas em sede de ação declaratória teriam o condão de produzir eficácia contra todos e vinculação de seus efeitos, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, no que tange à declaração de constitucionalidade⁶⁹⁷.

Muito embora, a ação direta de inconstitucionalidade já gozasse de efeito vinculante, antes da instituição da ADC, já que a procedência do pedido formulado na ADI sempre teve como consequência o expurgo da norma infraconstitucional primária do ordenamento jurídico, declarada inconstitucional pelo STF; ao passo que, a

⁶⁹⁵ *"The proposed constitutional amendment to reform the Judiciary adds a new Article 103-A to the Constitution, that allows the STF either on its own or by request, to approve sumulas, after reiterated decisions on a legal question, which upon publication in the official gazette, will be binding on the rest of the Judiciary, as well as the direct and indirect public administration"*. (ROSENN, cit., p. 313).

⁶⁹⁶ "Dito de outro modo, a sucessão de lei e a recente emenda constitucional jamais objetivou buscar uma efetividade qualitativa, mas, sim, apenas uma efetividade quantitativa". (STRECK, **A hermenêutica jurídica e efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 228).

⁶⁹⁷ "No plano constitucional, a expressão **Efeito Vinculante** aparece por ocasião da Emenda Constitucional n. 03/93, que introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Na redação original, conforme a Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, possibilitou-se o ajuizamento quando se almejava uma declaração de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal". (SCHÄFER, **Súmula vinculante**, cit., p. 108).

improcedência do pedido formulado na ADI implicava em confirmação da constitucionalidade da norma infraconstitucional, objeto do pedido, e os julgamentos contrários a essa posição, por outros órgãos do Poder Judiciário, ensejavam a propositura da reclamação constitucional, desde a promulgação da Constituição de 1988⁶⁹⁸.

Seguindo essa experiência, o caráter vinculante atribuído à súmula teve como objetivo consolidar o entendimento jurídico do STF sobre determinada matéria, que vinha gerando conflito interpretativo, repercutindo seus efeitos no campo judicial e extrajudicial, de modo que a Constituição República pudesse ser, na medida do possível, aplicada de forma semelhante a casos semelhantes; e assim deve ser porque, sendo a Constituição a Lei Maior, seu conteúdo e o seu cumprimento não podem divergir, conforme o órgão jurisdicional que a aplique, sob pena de se fragilizar sua força normativa⁶⁹⁹.

Instrumento jurídico constitucional que é, a súmula vinculante só poderia ter sido engendrada pelo poder constituinte derivado reformador, o qual outorgou ao STF a prerrogativa para editar, revisar e cancelar enunciado de súmula com força vinculante,

⁶⁹⁸ “Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que so passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, *a qual passa em julgado erga omnes, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera ex tunc), independentemente de atuação do Senado*, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside a ordem jurídica vigente”. (STF, Pleno, Representação 1.016-3, rel. Min. Moreira Alves, j. 20.09.1979).

⁶⁹⁹ “A sujeição dos demais poderes à Constituição e, por conseguinte, ao sentido que lhe empresta a jurisdição constitucional atua no sentido de eliminar eventuais divergências hermenêuticas, em nome dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição. Do mesmo modo, a sujeição das diversas autoridades do Estado à mesma solução constitucional comporta concretização do princípio da unidade da Constituição. Autoridades administrativas ou judiciais de localidades distintas estarão jungidas às mesmas razões e fundamentos, de modo que a Constituição será, na medida do possível, aplicada de idêntica forma. Sendo a Constituição a mesma, o seu conteúdo e o seu cumprimento não podem variar de acordo com a localidade, o caso ou a esfera de poder. Trata-se, portanto, de instituto que opõe obstáculos à arbitrariedade e à discriminação na aplicação da Constituição. Aos casos e controvérsias que apresentarem identidade de circunstâncias não se admitirá resolução distinta, que discrepe da orientação firmada pelos órgãos de jurisdição constitucional. Promove-se, assim, o princípio da igualdade, na medida em que os casos iguais merecerão, por parte dos demais poderes e órgãos do Estado, o mesmo tratamento constitucional: aquele dispensado no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade”. (LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112-117).

desde que por decisão de dois terços de seus membros, e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a ser sumulada (Art.103-A da Constituição da República).

Não poderia ter sido diferente, porque sendo o STF o guardião da Constituição, é dele o poder/dever de zelar pelo cumprimento e eficácia das normas constitucionais e de suas decisões, uma vez que este é o Tribunal ao qual compete julgar em última instância, questões de jurisdição constitucional difusa; e também porque é a Constituição que dispõe sobre as competências jurisdicionais do STF, cabendo às normas infraconstitucionais o disciplinamento das competências previstas para o Tribunal pela Constituição.

Por possuir conteúdo normativo, a súmula vinculante tem natureza de norma jurídica⁷⁰⁰, subsumindo-se ao que Gomes Canotilho denomina “modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos e por um ‘campo’ de dados reais (factos jurídicos, factos materiais)”⁷⁰¹.

A súmula vinculante se apresenta como enunciados prescritivos de observância obrigatória, por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta; enunciados estes que se projetam no ordenamento jurídico com os atributos de generalidade e abstração, motivo pelo qual este instituto é de duvidosa constitucionalidade⁷⁰²; em que pese, o verbete sumular não constitua norma constitucional paradigmática, não servindo por si mesmo para aferição da constitucionalidade de norma infraconstitucional⁷⁰³.

Além disso, com o direito sumular vinculante, pretende-se afirmar a força normativa da Constituição da República, como referencial para a unidade jurídica da jurisdição constitucional brasileira, na medida em que “a validade, a interpretação e a

⁷⁰⁰ “E, em sentido análogo, no mundo do *common law*, A. W. Simpson critica a doutrina do *stare decisis* sob o fundamento de que ela é uma característica histórica do *common law*, que sobreviveu por séculos sem precedentes vinculantes e sem o conceito de *ratio decidendi* (SIMPSON, 1973, p. 77). Ao invés de um elemento constitutivo do *common law*, precedentes vinculantes seriam uma criação moderna derivada do ‘defeituoso esquema para compreensão do *common law*’ oferecido pelo ‘positivismo jurídico’ (SIMPSON, 1973, p. 84)”. (BUSTAMANTE, cit., p. 711).

⁷⁰¹ Cf.: CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 1221-1222.

⁷⁰² “Insisto que um precedente não pode ser transformado em algo universal. [...] ... um precedente não possui uma universalidade conceitual como se fosse uma categoria ou uma espécie de significante primordial-fundante”. (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 224).

⁷⁰³ “A súmula é produto de um conjunto de outros textos (lembramos mais uma vez que texto é evento, que tratam de coisas, isto é, situações concretas”. (**Idem**, p. 234).

eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, na dicção do § 1º, do Art. 103-A, do Texto Constitucional, ensejam a edição de súmula vinculante.

Registre-se, por oportuno, que em capítulos pertinentes serão enfrentados: o problema do ativismo judicial, que é a degeneração da afirmação da força normativa da Constituição República, e que aumentou sobremaneira com a instituição da súmula vinculante no Brasil; e a possibilidade de haver vinculação do legislador, ao direito sumular vinculante, por via transversa; o que coloca em xeque a constitucionalidade do instituto em estudo.

10.1. Competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento em “última instância”, em sede de controle difuso, e, em única instância, em sede de controle concentrado; e a paradoxal diferença de efeitos das decisões finais, prolatadas por meio dos dois métodos de fiscalização judicial da constitucionalidade

O STF, ao realizar a fiscalização judicial da constitucionalidade de leis e atos normativos, o faz, como já foi visto, tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. Ao decidir um incidente de inconstitucionalidade, no curso de um processo concreto, o Tribunal presta jurisdição constitucional, exercendo o controle da constitucionalidade das leis, pelo método incidental (difuso)⁷⁰⁴.

Por outro lado, o STF faz as vezes de tribunal constitucional, ao julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, as ações declaratórias de constitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental, todas ações próprias da modalidade abstrato/concentrada de controle da constitucionalidade.

⁷⁰⁴ “Fala-se de recursos para os quais, tradicionalmente, se diz não cuidar de corrigir a “injustiça” da decisão, mas, somente, garantir a integridade da Constituição e leis federais e/ou a uniformidade da jurisprudência”. (THEODORO Jr. e outros, **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário**, cit., p. 2 e 4).

Abordou-se, anteriormente, que o controle difuso da constitucionalidade se faz a partir de uma questão prejudicial de cunho constitucional, que se revela como um incidente de um processo concreto, cujo deslinde (do incidente) é indispensável para o julgamento do mérito da causa, não devendo ser confundida a questão incidental com o pedido principal, ambos formulados no processo intersubjetivo.

Assim é que, na fiscalização incidental da constitucionalidade, a competência para o conhecimento e decisão acerca do incidente de inconstitucionalidade de uma lei é do mesmo órgão julgador competente para o julgamento da questão principal, caso o exame desta inconstitucionalidade se mostre imprescindível para a solução da lide, deduzida em juízo. Eis por que o incidente de constitucionalidade tem natureza jurídica-processual de prejudicial de mérito⁷⁰⁵.

Após o exaurimento da jurisdição ordinária, por meio de via recursal excepcional, o STF faz a tutela da Constituição da República, ao decidir, em “última instância”, acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos. É que o recurso extraordinário, ao ser conhecido pelo STF, interposto, evidentemente, contra uma decisão proferida em um processo ordinário, provocava a “transmutação” do STF em uma espécie de “terceira instância” judicial, para os litigantes; uma vez que constituía objeto desta espécie recursal o julgamento prolatado pelo tribunal *a quo*, fundamentado em norma que teoricamente afronta o texto constitucional⁷⁰⁶.

Com o advento da cláusula de repercussão geral, o recurso extraordinário ganhou contornos de objetividade, como o que não mais se tem o STF como “última instância” de um processo intersubjetivo, uma vez que a questão constitucional, objeto deste recurso, passou a ser julgada, em caráter abstrato. Eis por que a decisão final, prolatada no recurso extraordinário, desde o advento da cláusula de repercussão geral, passou a impactar tanto a causa aduzida no recurso, quanto as demais causas assemelhadas àquela, por força da

⁷⁰⁵ “Nesse caso, a inconstitucionalidade ostenta ‘*caráter prejudicial*’, pois é matéria de mérito que necessita ser analisada ‘*antes*’ pelo Judiciário, como condição para solução da própria pretensão declinada na ação judicial em curso. Isto é, para acolher ou desacolher a pretensão do autor (exposta na petição inicial da ação) ou do réu (externada na peça da defesa), o juiz deve necessariamente examinar a inconstitucionalidade da lei ou do ato estatal, invocado por uma das partes como fundamento justificador da respectiva pretensão”. (CUNHA Jr., **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 283).

⁷⁰⁶ “Já no Brasil, o recurso extraordinário (e também o especial) destina-se tanto a invalidar o julgamento impugnado como, se necessário, a rejulgar a causa. Vale dizer: entre nós, o STF e o STJ têm poder tanto de cassação como de revisão do julgamento da causa”. (THEODORO Jr. e outros. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário, cit., p. 4).

transcendência automática da eficácia da *ratio decidendi* do julgado, proferido no recurso extraordinário⁷⁰⁷.

Pois, conforme já foi abordado, a decisão do STF, ao declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, reveste-se de eficácia transcendente automática, por força do instituto da repercussão geral, que tanto serve de filtro para a interposição do recurso extraordinário (requisito constitucional da relevância)⁷⁰⁸, quanto dá a este recurso caráter objetivo (requisito constitucional da transcendência)⁷⁰⁹.

Cumprе salientar que, com a abstrativização do recurso extraordinário, não apenas o recorrente e o recorrido têm direito à manifestação no curso do recurso. Doravante, a exemplo do que deveria ocorrer em todas as democracias participativas, vários atores podem envolver-se na condução do Estado constitucional, visto que é permitida a atuação de diversas entidades, que tenham interesse no resultado desse recurso, de forma a tornar mais amplo o debate na sociedade relativamente à afirmação da força normativa da Constituição⁷¹⁰.

Consoante já foi exposto neste trabalho, vigora também no Brasil, o método abstrato/concentrado de fiscalização judicial da constitucionalidade, pelo qual compete ao STF processar e julgar as ações do controle concentrado da constitucionalidade,

⁷⁰⁷ “Perceba-se, que com a técnica de “processo teste, adotada pelo instituto, o tribunal superior (STF) não julgará mais todos os recursos que lhe forem dirigidos (não julgará mais as causas), mas, sim, o tema (tese) que estiver sendo abordado nos recursos representativos”. (*Idem*, p. 15).

⁷⁰⁸ “As exigências em torno da redução da duração do processo e da filtragem dos recursos extraordinários são uma tônica das reformas por que vem passando o direito processual contemporâneo em todo o mundo. [...]. Ademais, tal litigiosidade não será resolvida tão somente com a filtragem dos recursos extraordinários, eis que tais medidas resolvem, em nosso país, apenas os problemas da profusão numérica, eis que tais medidas resolvem, em nosso país, apenas os problemas da profusão numérica de feitos nos tribunais superiores, mas sem permitir uma resolução adequada do problema para os cidadãos”. (*Ibidem*, p. 12/13).

⁷⁰⁹ “A estruturação de técnicas de julgamento em larga escala (massificados) partindo-se de uma suposta homogeneidade de casos (idênticos), devido às contingências de um sistema com inúmeros problemas operacionais de aplicação e a busca de uma Justiça de números, não pode negligenciar a aplicação coerente dos direitos fundamentais dos cidadãos sob argumento econômicos e funcionais. [...]. E, em países como o Brasil, nos quais não são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a chamada litigância de interesse público (*Prozeßführung in öffentliche Interesse*), que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o Poder Público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo”. (*Ibidem*, p. 5/6).

⁷¹⁰ Com o advento da repercussão geral, não só recorrido e recorrente se manifestam em sede de recurso extraordinário. É que a abstrativização deste recurso deu a ele contornos de fiscalização constitucional objetiva, daí por que se admite a atuação de *amicus curiae*. Cf.: Art. 1035, Parágrafo 4º do CPC/2015.

quando a norma paradigmática tiver natureza de norma constitucional federal; e compete aos Tribunais de Justiça, no âmbito dos estados-membros, a tutela das constituições estaduais.

À vista disso, o controle concentrado da constitucionalidade é de competência de um único órgão judicial, que é o STF, no âmbito federal, a quem compete prestar a jurisdição constitucional concentrada – através da qual é feito o cotejo entre as normas legais federais e estaduais e uma norma paradigmática da Constituição República.

No Brasil, é o STF que faz as vezes de “tribunal constitucional”, no mister de guardião da Constituição da República – e, como o advento da súmula vinculante e do instituto da repercussão geral, a feição de “tribunal constitucional” do STF se acentuou, com a finalidade de que o Tribunal afirme a força normativa da Constituição.

Sem adentrar nas peculiaridades e desdobramentos de cada uma das ações do controle concentrado da constitucionalidade, é de se destacar que se o objetivo da ação é a própria declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, é imperioso que a fiscalização constitucional se dê na forma direta, por meio de ação própria, com caráter objetivo, em razão de não existir relação processual intersubjetiva na jurisdição constitucional concentrada.

Não se perca de vista, que o STF realiza o controle incidental da constitucionalidade, nas causas de sua competência originária (diversas das ações objetivas do controle abstrato/concentrado, para as quais o Tribunal é igualmente competente) e nas causas de sua competência recursal ordinária.

Nestes casos, não há falar em repercussão geral, por não se tratar de competência recursal extraordinária, razão pela qual não se deve emprestar eficácia transcendente aos julgados do STF, proferidos em sede de controle incidental, que não tenham sido objeto de recurso extraordinário.

Nesse sentido, a eficácia transcendente dos julgados do STF, proferidos em sede de fiscalização constitucional judicial concreta, em “última instância”, se iguala a eficácia transcendente dos julgados do Tribunal, prolatados em sede de controle abstrato/concentrado, exclusivamente na hipótese de a questão constitucional ter sido julgada no curso de um recurso extraordinário, em razão da transcendentalidade da

decisão proferida neste recurso, que decorre da cláusula de repercussão geral, cuja inobservância impede o conhecimento e julgamento do recurso em comento.

Isso pôs termo à parte da paradoxal diferença existente entre a eficácia das decisões do STF, prolatadas na jurisdição constitucional abstrata e na jurisdição constitucional concreta, desde que estas últimas tenham se dado em sede de recurso extraordinário, julgado com repercussão geral ou repetitivo. Sem embargo do próprio recurso extraordinário ter passado a ser julgado em caráter abstrato.

Quanto aos julgados do STF, prolatados em sede de jurisdição constitucional concreta, como incidente de inconstitucionalidade das ações de sua competência originária, diversas das ações do controle judicial abstrato da constitucionalidade, ou como incidente de inconstitucionalidade de recurso ordinário constitucional, permanece a paradoxal diferença relativamente a eficácia destes julgados e a eficácia dos julgados, proferidos nas ações da fiscalização judicial abstrata da constitucionalidade⁷¹¹.

Para que haja eficácia transcendente e efeito vinculante nestas hipóteses⁷¹², o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro oferece duas alternativas: edição de súmula vinculante pelo próprio STF (Art. 103-A da Constituição da República), desde que atendidos os requisitos constitucionais para este fim; ou edição de resolução do Senado Federal (Art. 52,X), no sentido de se suspender a eficácia de lei, caso esta lei tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, em sede de jurisdição constitucional concreta, diversa do julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral.

Por fim, ainda que haja eficácia transcendente automática nos julgados, proferidos nos recursos extraordinários com repercussão geral, estes julgados não gozarão de efeito vinculante automaticamente, o que somente ocorrerá também mediante a edição de resolução senatorial, nos termos do Art. 52, X, da Constituição da República; ou mediante edição de súmula vinculante (Art. 103-A), para o que, o julgamento do *leading case* supre

⁷¹¹ “Argumenta Rui Medeiros que não faria sentido atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes diante de um sistema misto de controle de constitucionalidade, na medida em que “a recusa de atribuição de eficácia erga omnes aos julgamentos de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta foi justamente forjada para, entre outras coisas, propiciar um diálogo entre os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional (Rui Medeiros. *A decisão de inconstitucionalidade* cit., § 35, p. 816) “. (ABBOUD, cit., p. 141).

⁷¹² Sobre o efeito vinculante automático, cf. Georges Abboud: “Conforme já demonstramos, o efeito vinculante apto atingir a Administração Pública, os particulares e os demais tribunais apenas pode ser concebido no processo objetivo de controle de constitucionalidade”. (*Idem*, p. 136).

a falta de repetidos julgados proferidos pelo STF, no mesmo sentido, haja vista que o próprio *leading case* serve de decisão-pilotos para o julgamento dos recursos extraordinários suspensos, por conta do regramento da repercussão geral.

10.2. A inserção do instituto da súmula vinculante no contexto do fenômeno da abstrativização do controle jurisdicional concreto da constitucionalidade no Brasil

O STF, na condição de “guardião da Constituição”, é o órgão jurisdicional competente para fiscalização abstrata da constitucionalidade no Brasil (no âmbito federal), tarefa a qual desempenha por meio de ações diretas, tendo como paradigma de validade das normas infraconstitucionais primárias, uma norma da Constituição da República; bem como é órgão jurisdicional apto a julgar questões constitucionais ‘em última instância’, o que o faz por meio do recurso extraordinário.

Diversamente da apreciação de questão constitucional decidida abstratamente pelo STF, a constitucionalidade de uma norma também pode ser objeto de processo intersubjetivo, que tramite em qualquer juízo monocrático ou em qualquer tribunal – inclusive no STF – desde que seja decidida incidentalmente, pelo o que, em regra, a eficácia da decisão, proferida nos incidentes de inconstitucionalidade, afeta apenas as partes do processo, no qual tiver sido instaurada a questão incidental em comento – com exceção dos recursos extraordinários, os quais são julgados pelo STF de forma abstrata, desde o advento da cláusula de repercussão geral, razão por que as decisões prolatadas nestes recursos têm eficácia transcendente⁷¹³.

Inicialmente, os efeitos da decisão, prolatada em sede de controle jurisdicional incidental da constitucionalidade, afetava tão somente as partes do processo, independentemente do órgão que a proferisse, mesmo que fosse o STF, não importando se era declarada a inconstitucionalidade da lei ou não.

⁷¹³ “Finalmente, com a entrada em vigor da Lein. 13.115/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, a reclamação passou a ser cabível também para resguardar a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática da repercussão geral (art. 988, IV), desde que esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II)”. (MENDES e BRANCO, cit., p. 1538).

Assim, devido a incoerência de uma lei, declarada inconstitucional pelo STF, incidentalmente, continuar válida, vigente e eficaz, a Constituição Brasileira de 1934 outorgou ao Senado Federal, a prerrogativa de, por meio de resolução, suspender, no todo ou em parte, a execução (eficácia) de lei declarada inconstitucional pelo STF.

É que nos idos da primeira metade do século passado, no Brasil, era inconcebível que mesmo o STF pudesse emprestar eficácia transcendente aos seus julgados, nos quais o Tribunal declarasse inconstitucional uma lei, em face da visão dogmática dos juristas brasileiros acerca do princípio constitucional da separação dos Poderes, aliada à concepção refratária que se tinha a adoção do sistema de precedentes, em um país adepto ao *civil law*.

Tal entendimento, prevaleceu até a promulgação da Constituição de 1988, que repetiu, como as anteriores, a previsão de que o Senado Federal tivesse a prerrogativa de suspender a eficácia de uma lei, declarada inconstitucional pelo STF, em sede de controle judicial concreto da constitucionalidade, em alusão inequívoca à impossibilidade de haver eficácia transcendente automática das decisões do STF, prolatadas neste método de jurisdição constitucional.

Para que uma decisão, proferida pelo STF, em sede de fiscalização judicial concreta da constitucionalidade, pudesse ter eficácia transcendental, surgiu, no direito brasileiro, um movimento de valorização dos precedentes judiciais, provenientes de tribunais superiores e do STF, por influência do direito norte-americano; o que se deu, notadamente, no fim do Século XX e início do Século XXI⁷¹⁴.

Nas últimas décadas, várias alterações legislativas e a EC n. 45/2004 apontaram no sentido de se fortalecer o sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil⁷¹⁵.

Com o objetivo de dar mais celeridade aos processos em curso nos tribunais, a Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, alterou o *caput* do art. 557 do Código de Processo

⁷¹⁴ “Acresce que o sistema da *common law*, no qual se insere o sistema norte-americano, o modelo é ‘juscêntrico’ ou de ‘magistratura profissionalizada’, ao contrário dos sistemas europeus continentais ou de *civil law*, de natureza ‘legicêntrica’, no qual impera, ao invés, uma ‘magistratura burocrática’ e ‘funcionalizada’”. (QUEIROZ, Cristina. **Justiça Constitucional**, cit., p. 35).

⁷¹⁵ “De acordo com Lenio Streck, nos Estados Unidos a força do precedente ‘reside na tradição’, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição em tampouco em regra e ofício (STRECK, Lenio Luiz. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica**. In: BONAVIDES, Paulo e outros (organizadores). **Constituição e democracia; estudos em homenagem ao Professor JJ Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 414)”. (ABBOUD, cit., p. 259/360).

Civil de 1973, para ampliar os poderes dados ao relator dos recursos, o qual passou a poder decidir (de forma monocrática) recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior⁷¹⁶.

Por meio da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, foi acrescentado o § 3º ao art. 475 do Código de Processo Civil de 1973, revogado pelo Código de 2015, dispensando o instituto do reexame necessário (recurso de ofício), caso a sentença estivesse de acordo com jurisprudência do plenário do STF, ou com súmula de tribunal superior⁷¹⁷.

De forma similar, a Medida Provisória n. 2.180/2001 acrescentou o parágrafo único ao art. 741 do CPC de 1973, para determinar que, em sede de execução, seria possível arguir a inexigibilidade do título judicial, constituído com base em lei ou em ato normativo, reputados inconstitucionais pelo STF, ou cuja interpretação era como incompatível com o texto constitucional⁷¹⁸.

Nesse contexto, a EC no. 45/2004 conferiu ao STF a prerrogativa de editar súmulas vinculantes, as quais têm por objeto, consoante o §1º, do Art. 103-A, da Constituição da República, “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre

⁷¹⁶ Posteriormente, em 1998, a Lei n. 9.756 alterou novamente o *caput* do art. 557 para ampliar ainda mais os poderes do relator. Veja-se: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. (____ Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, **com redação dada pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1988**).

⁷¹⁷ “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). [...] **§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente**”. (____ Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, **com redação dada pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001**). Original sem grifo.

⁷¹⁸ “Art. 741 Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [...] **inexigibilidade do título; [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal**”. (____ Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, revogado). Original sem grifo.

esses e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”⁷¹⁹.

Diz-se que, por meio do instituto da súmula vinculante, se buscou conferir coerência e coesão à jurisdição constitucional brasileira, desestimulando a multiplicidade de ações e a interposição de recursos a respeito de teses jurídicas, que já tenham tido entendimento pacificado no âmbito do STF.

A busca da segurança jurídica também é um intento do instituto em estudo, de forma que, ao jurisdicionado, seja dada a convicção de que, em face de uma dada situação, outra solução não deverá haver senão aquela, que já houver sido sedimentada em um verbete sumular vinculante, editado STF⁷²⁰.

A inserção das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro se deu para consolidar o sistema de valorização dos precedentes judiciais no Brasil⁷²¹, como causa e consequência do que se convencionou denominar “abstrativização do controle jurisdicional concreto de constitucionalidade”, ou “objetivação do controle subjetivo”⁷²².

Some-se a isso, o advento da cláusula de repercussão geral – cuja a verificação é condição indispensável à propositura do recurso extraordinário –, como fator decisivo para que o julgado, proferido em sede de recurso extraordinário, doravante, tivesse

⁷¹⁹ “... as súmulas são decisões de caráter aditivo/manipulativo. Afinal, não existe – ou não deveria existir – súmula que refira, por exemplo, que determinado dispositivo é inconstitucional, pela simples razão de que, se tal dispositivo efetivamente fosse inconstitucional, teria sido assim declarado”. (STRECK, **Verdade e Consenso**, cit., p. 391).

⁷²⁰ “Ocorre que a noção de que a súmula vinculante traria a decisão justa, pronta e acabada possibilita a crítica formulada por Arthur Kaufman do computador como juiz ‘em que se manusearia o princípio da igualdade de forma totalmente mecânica, não tomando minimamente em consideração a situação histórica concreta e a individualidade, uma caricatura da justiça cega ‘que abstrairia da pessoa’ um direito a-histórico e impessoal’”. (ABBOUD, cit., p. 356).

⁷²¹ Bem a propósito, escreve Castanheira Neves sobre o instituto dos assentos portugueses: “Igualmente se não pode identificar o regime dos assentos, ao regime do ‘*precedente obrigatório*’, que vigora nos sistemas do *common law*. O ‘precedente’ é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma ‘ou se impõe’ como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – de particular a particular, e não do geral (a norma) ao particular (o caso) –, com todas as decisivas consequências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológica, que esse tipo de fundamentação ou decisão implica”. (CASTANHEIRA NEVES, cit., p. 12).

⁷²² Percebe-se, assim, que o controle abstrato de constitucionalidade é processo objetivo. Cf.: BÉGUIN, Jea-Claude. **Le contrôle de la constitutionnalité des lois em République d’Allemagne**. Paris: Economica, 1982, p.62.

eficácia transcendente; e para que o recurso extraordinário passasse a ser julgado em caráter abstrato/objetivo, pelo STF.

Pois, tanto o constituinte reformador quanto o legislador infraconstitucional deram ao recurso extraordinário, roupagem de fiscalização judicial abstrata da constitucionalidade, por conta do requisito constitucional da transcendência para a aferição da repercussão geral, quando da interposição desse recurso.

Um exemplo emblemático desse movimento se deu com a regulamentação legal da cláusula de repercussão geral, como condição para interposição de recurso extraordinário, que redundou na Lei n. 11.418/2006, que previu que haveria repercussão geral sempre que o recurso impugnasse decisão contrária a enunciado sumular ou jurisprudência dominante do STF.

Esta lei, de 19 de dezembro de 2006, ao incluir no Código de Processo Civil de 1973 o § 3º do art. 543-A, reforçou o intento do legislador em rechaçar divergências no sistema judicial, mormente no tocante à jurisdição constitucional.

Esse movimento sinalizava a adoção gradativa da doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro, doutrina pela qual os julgadores devem observar o que foi decidido em casos anteriores; o que representou aceno inudivosido à valorização dos precedentes judiciais, de forma a conferir maior efetividade às decisões dos órgãos do Poder Judiciário, além de, principalmente, evitar divergências dentro do sistema judicial⁷²³.

Nesse compasso, a legislação ordinária, em obediência aos ditames constitucionais pertinentes, deu contornos de objetividade a esta modalidade recursal, seja nas reformas pontuais do CPC revogado, seja na disciplina jurídica dada ao recurso extraordinário, no Código de Processo Civil de 2015 (Art. 927, III e Art. 1035 e §11).

⁷²³ “Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial. É, pois um sistema nitidamente judicialista, já que o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei. O chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no sistema judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento indutivo de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. Esse precedente, como princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma, ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a idéia de súmula vinculante”. (TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007, p. 20).

Essa objetivação do controle judicial difuso da constitucionalidade, que se deu com a cláusula de repercussão geral (e com a súmula vinculante), acaba por aproximar, em seus efeitos e eficácia, o método concreto fiscalização constitucional das leis e dos atos normativos, do método abstrato; além de promover a força normativa da Constituição da República.

Com a ressalva de que as decisões exaurientes proferidas em sede de recursos extraordinários com repercussão geral guardam enquadramento metodológico e teleológico com a sistemática de respeito aos precedentes judiciais; enquanto as súmulas vinculantes, ao revés nada tem a ver com o sistema de precedentes em si⁷²⁴.

Constata-se assim, que a ideia de atribuir caráter objetivo ao método de controle judicial subjetivo da constitucionalidade foi propiciada pelas mudanças no sistema processual brasileiro, provocadas, principalmente, pela EC nº 45 de 2004, que instituiu a súmula vinculante e a cláusula de repercussão geral, atribuindo nova roupagem à fiscalização constitucional concreta das normas infraconstitucionais a cargo do STF, que passou a se dar de forma abstrata, nestas hipóteses.

10.3. Súmula vinculante e a “afirmação dos princípios constitucionais da isonomia, da democracia e da segurança jurídica”

Com as revoluções dos séculos XVIII e XIX, que redundou no triunfo do liberalismo político e consolidou o Estado liberal burguês, a ideia de que todos devem ser tratados de forma isonômica perante à lei se afirmou como um valor fundamental do

⁷²⁴ “Também os *assentos* decisivamente se distinguem de qualquer regime formal de *jurisprudência estabilizada* que, por isso mesmo, se passe a impor como normativa vinculante. Referimo-nos a institutos do tipo da ‘*doctrina legal*’ (doutrina jurídica de origem jurisprudencial) do Supremo Tribunal Espanhol ou da ‘*jurisprudência obrigatória*’ da Suprema Corte Mexicana. Em ambos estes casos o que se torna vinculante é a orientação jurídica que através de uma jurisprudência reiterada ou de certo número de decisões jurisdicionais, estes supremos tribunais mativeram constante, enquanto que nos *assentos* não se trata de dar relevo a uma jurisprudência constante ou uniforme, mas de impor mediante uma norma expressamente formulada para o futuro a solução de um conflito de jurisprudência – solução-norma que nem tem de cingir-se as teses jurisprudenciais em conflito, optando apenas por uma delas, nem tem de traduzir qualquer orientação jurisprudencial anteriormente seguida. O *assento* é ‘norma’ (constitui-se *ex novo* visando o futuro) e não ‘jurisprudência’ (consagração de soluções que vem do passado e persistem)”. (CASTANHEIRA NEVES, cit., p. 11).

Estado democrático de direito, que tem a democracia liberal burguesa como regime político⁷²⁵.

A partir da concepção do ordenamento jurídico de forma sistemática⁷²⁶, tornou-se inafastável a necessidade de haver igualdade de tratamento às pessoas em situação assemelhada, já que o mandamento isonômico é intrínseco à unidade do sistema, unidade esta que se revela imprescindível para eliminação de contradições na ordem jurídica⁷²⁷.

Na linha dessa perspectiva, Gomes Canotilho asseverou que *"a igualdade, no sentido constitucional, significa igualdade na aplicação do direito"*⁷²⁸. No mesmo sentido, a Constituição do Brasil abre o catálogo de direitos fundamentais com o princípio da igualdade, segundo o qual se deve dispensar igualdade de tratamento àqueles que se encontrem em situações análogas (Art. 5º, *caput*).

A questão da igualdade de tratamento entre pessoas em situações iguais ganha especial relevância, quando se reflete sobre o papel do direito sumular na concretização do princípio da igualdade, no campo da prestação jurisdicional. Pois, se a aplicação do direito deve obedecer aos ditames da isonomia de tratamento dispensado aos litigantes, é indispensável que se crie instrumentos, que proporcionem coerência e coesão às decisões judiciais, emanadas dos diversos órgãos judicantes do Estado brasileiro⁷²⁹.

⁷²⁵ "Como se sabe, do ponto de vista histórico, constitucionalismo e liberalismo nasceram filhos gêmeos do mesmo pai, a saber, a dissolução do sistema de privilégios absolutistas, conduzida pela burguesia revolucionária do século XVIII, a essa altura já detentora do poder econômico, com o fito de assumir o controle das instâncias de poder político". (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaios sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 358).

⁷²⁶ "La concepción según la cual el conjunto de normas constitutivas del ordenamento jurídico puede – y debe – ser reconstruído em termos de la noción de 'sistema' es, por cierto, um marco conceptual básico aceptado em forma generalizada em la teoría del derecho". (CARACCIOLLO, 1994, p.49, apud CONTE, Amadeo. **Ordenamento Giuridico, em Novissimo Digesto Italiano**, t. XII, pp. 45 ss).

⁷²⁷ "O problema, pois, está no fato de que os próprios verbetes (sumulares ou não) têm a função de servirem, ao mesmo tempo, de fundamento e de justificação. Ora, a súmula, ao servir de fundamento, metafisicamente, abarca a própria justificação, *porque, afinal, ela foi feita para isto*; aprisionar 'substâncias' e 'sequestrar o tempo'". (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 220).

⁷²⁸ Cf.: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais**. Coimbra. Coimbra Editora. 1994. p. 380.

⁷²⁹ "Para tanto, constrói um repositório de conceitos que pretendem abarcar as diversas situações de aplicabilidade, como se fosse possível 'armazenar' na generalidade da lei (e de seus conceitos, produtos de sua interpretação – em especial, uma súmula) todas as situações particulares". (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 216).

Não é correto que um julgador, ao julgar um processo, para cuja matéria ele é o competente, não observe o que já foi construído, por ele mesmo, acerca do tema, em lides iguais ou similares, deduzidas no juízo que ele (o julgador) titulariza. A não ser que este julgador faça um *overruling*, assinalando que mudou seu próprio entendimento, e explique as razões pelas quais mudou seu entendimento⁷³⁰.

O princípio da isonomia informa todo o ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual este princípio deve afetar todas as decisões judiciais, proferidas no Brasil. Isso justificou e edificação de um sistema de obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais, pelos juízos da República⁷³¹.

Desde então, decisões antagônicas, como solução para casos idênticos, se despidas de sólido fundamento que as justifiquem, mostram-se como um verdadeiro contrassenso diante do princípio da igualdade de todos perante a lei, pois resultam em tratamento diverso para casos que mereceriam tratamento semelhante; sem embargo da insegurança jurídica, que este tipo de decisão traz ínsito em si⁷³².

Desta feita, os órgãos de jurisdição do Estado brasileiro devem tratar igualitariamente os litigantes que estão em situação de igualdade, sob pena de se violar também o princípio da segurança jurídica, que deve permear todo ordenamento jurídico, uma vez que a segurança jurídica, além de servir de alicerce a qualquer Estado democrático de direito, constitui direito fundamental implícito da Constituição da

⁷³⁰ Cf.: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 286.

⁷³¹ “Se os tribunais interpretassem a mesma disposição em casos similares ora de uma maneira, ora de outra, tal estaria em contradição com o postulado da justiça de que os casos iguais devem ser tratados de igual modo”. (LARENZ. Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. p. 442).

⁷³² “Nessa potencialização da eficácia da súmula, que permite estendê-la, obrigatoriamente, aos demais casos subsumidos em seu Enunciado, não se vislumbra qualquer desvirtuamento ou superfetação da atividade judiciária, bastando considerar, a uma, que o valor jurídico completa-se com o justo, e este último não pode ser alcançado quando, sem motivo consistente, conflitos iguais recebem soluções diversas, senão contraditórias; a duas, é notório que hoje a função jurisdicional já não mais se deve limitar à singela subsunção do fato à norma, em um caso concreto, senão que em nossa República Federativa, onde opera uma democracia participativa, é lícito esperar que o trinômio “ação-jurisdição-Processo” opere sob uma óptica sociológica, engajando-se no esforço geral para a boa gestão da coisa pública. Para que esse valor do justo venha a ser preservado, impende que a igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5º, *caput*) também se estenda à norma *judicata*, ou seja, àquela que tem o seu momento judiciário”. (MANCUSO, **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**, cit., p. 336).

República, conforme interpretação sistemática e teleológica que se dê ao texto constitucional (Art. 5º, XXXVI).

No âmbito da jurisdição constitucional, o instituto da súmula vinculante intenta repudiar o tratamento anti-isonômico em situações análogas, que pode advir dos demais órgãos do Poder Judiciário, de maneira a impedir que seja dispensado aos litigantes, soluções diferentes do entendimento consolidado e sintetizado em verbete sumular vinculante, editado pelo STF, pelo que também se afirma o princípio da segurança jurídica⁷³³.

A súmula vinculante impõe aos julgadores, dos diversos órgãos jurisdicionais da República, que estes não se afastem daquilo que houver sido fixado pelo STF, de modo a aplicar o texto constitucional de forma escorreita, quando decidirem um incidente de inconstitucionalidade, em respeito aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, que o direito sumular vinculante visa a afirmar, no tocante à jurisdição constitucional⁷³⁴.

É que, com a instituição da súmula vinculante, se pretendeu que houvesse, no âmbito da jurisdição constitucional, a concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, com o intento de se garantir, em maior medida, que os litigantes, que estejam em situações equivalentes, sejam tratados da mesma forma pelo Estado-juiz⁷³⁵.

E ainda, o dever de obediência dos juízes e tribunais à súmula vinculante, pela qual se consolidou determinado entendimento sobre uma questão constitucional, que, outrora, era objeto de conflito interpretativo, se infere com a subsunção de suas decisões (dos julgadores) àquilo que foi sumulado pelo STF, de modo que se imponha tratamento

⁷³³ “A súmula constitui um instituto que busca a eliminação das antinomias do sistema. Objetiva-se, em outras palavras, alcançar a coerência que deve haver no Direito”. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 429).

⁷³⁴ “Nesses termos, percebe-se que nem em países nos quais é tradicional o uso de precedentes pode haver sua utilização mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade, mesmo que se busque tal desiderato embasado em uma lógica tacanha da aplicação da igualdade”. (THEODORO Jr. e outros, **Breves considerações sobre a politização do Judiciário**, cit., p. 16).

⁷³⁵ “Um texto – e uma súmula é, inegavelmente, um texto jurídico – não carrega o seu próprio significado. Ele adquirirá vida, sentido, a partir da (nova) situação concreta. Afinal, como venho insistindo à saciedade, texto e norma não são ‘colados’ (equivalentes) e nem cindidos (separados). São apenas diferentes [...]. E parece não haver mais dúvida, nesta quadra do tempo, de que ‘questão de fato’ e ‘questão de direito’ não podem ser separadas (lembramos Castanheira Neves, que há décadas desmitificou essa cisão metafísica, tese que serviu, ademais, para sustentar teoricamente a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal que considerou inconstitucional o instituto dos assentos – equivalente as nossas súmulas vinculantes – em terras lusitanas)”. (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 223).

igualitário aos litigantes, que sejam partes de processos, que versam sobre a mesma situação fática, a partir da qual se editou a súmula vinculante.

Muito já se debateu, no campo doutrinário, acerca da relação existente entre o instituto da súmula vinculante e o princípio democrático, que goza de estatura de princípio estruturante da Constituição do Brasil, cujo art. 1º dispõe constituir-se a República Federativa do Brasil um Estado democrático de direito.

É cediço que a democracia é o regime político que traz consigo a ideia de soberania popular, pela qual o titular do poder é o povo – coletivo de membros da sociedade politicamente organizada –, que exerce o poder, diretamente ou através de seus representantes – que são eleitos pelo próprio povo –. Daí se extrai a concepção de que nas democracias o povo é soberano, e de que os representantes do povo, no exercício do poder que dele mesmo emana, editam as leis que regularão a vida em sociedade.

A lei é inerente ao Estado democrático de direito e, como tal, se reveste das características de generalidade e abstração, posto que deve ser elaborada com a finalidade de abarcar inúmeras situações fáticas, com repercussão jurídica, previamente definida por quem a faz, o Poder Legislativo. Então, é inaceitável que essas mesmas características sejam atribuídas ao direito sumular vinculante, como pretendeu o poder constituinte reformador, quando da instituição das súmulas vinculantes, defendem os críticos do direito sumular vinculante⁷³⁶.

Percebe-se, que a edição de súmula vinculante é tarefa, por meio da qual, o STF expressa seu entendimento sobre a validade, interpretação e eficácia de determinadas

⁷³⁶ Bem a propósito, escreve Castanheira Neves sobre o instituto dos assentos portugueses: “Assim, se houvermos de reconhecer que os *assentos* constituem verdadeiras normas jurídicas formais a inserir como tais (como preceitos genéricos formalmente prescritos e proclamados) no sistema do direito positivo, o mesmo é dizer como autênticas normas legislativas, teremos de concluir que o ‘princípio da separação dos poderes’ é directamente atingido. É certo que este princípio já não tem hoje o sentido, nem se reivindica com rigidez ou sequer se vê nele a absoluta garantia política que se lhe ligava na instituição e nos começos do Estado liberal – e nem o mesmo o deparamos formalmente enunciado na nossa Constituição. Mas não é mesmo ceto que revertido que seja ele agora, de um postulado simplesmente ideológico ao serviço de uma bem localizada intenção política, a uma categoria institucional – que encontra o seu fundamento numa diferenciação jurídica determinada pela específica intencionalidade normativa das funções estaduais –, o princípio da separação ou da divisão dos poderes é uma das bases imprescindíveis na realização de uma certa concepção do Estado e do Direito”. (CASTANHEIRA NEVES, cit., p. 14).

normas constitucionais, com observância obrigatória por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta⁷³⁷.

É defensável, por tudo isso, que a prerrogativa, outorgada ao STF, para elaborar as súmulas vinculantes, é incompatível com o regime democrático, consagrado na Constituição da República⁷³⁸, tendo em vista que, em que pese seu conteúdo normativo e sua aplicação cogente, estas súmulas não são elaboradas com a necessária participação dos representantes do povo, razão por que não poderiam ter o condão de impor sua observância a todos (e por todos)⁷³⁹, pois lei não são; além do mais, a força vinculante e a natureza normativa, atribuídas ao direito sumular vinculante, não são condizente com a atividade típica do Poder Judiciário, posto que estariam no campo de atuação do Poder Legislativo⁷⁴⁰.

Por outro lado, argumenta-se que o poder conferido ao STF, pela EC n. 45/2004, no art. 103-A da Constituição, foi concedido de forma legítima, através dos representantes

⁷³⁷ “A contradição principal está na prevalência da principal característica do positivismo jurídico, exsurgetes das matrizes hartiana e kelseniana, a *discricionariedade*, que, como se sabe, inexoravelmente leva a decisionismo e arbitrariedade interpretativas, fragilizando não apenas a funcionalidade do sistema jurídico, como também a força normativa da Constituição”. (STRECK. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 226).

⁷³⁸ Bem a propósito, escreve Castanheira Neves sobre o instituto dos assentos portugueses: “O que suscita a perplexidade é o que esse instituto tem de aberrante no contexto de um sistema jurídico como o nosso, já que propondo-se o nosso sistema jurídico manifestamente participar da índole dos que correspondem ao Estado-de-direito, era lícito esperar que também aqui respeitassem os princípios fundamentais que dão sentido a um sistema jurídico dessa índole”. (CASTANHEIRA NEVES, p.14).

⁷³⁹ “Por sua vez, a análise do princípio democrático na Constituição evidencia que só estamos obrigados a obedecer à lei, norma geral e abstrata, formulada com a necessária participação dos representantes do povo. Por outras palavras, só estamos obrigados a obedecer às normas de cuja formulação participamos. Nisso consiste a essência da democracia. Conclusão, confrontando-se o conteúdo do artigo 103-A que outorga poderes ao Supremo para editar súmulas vinculantes com caráter geral e abstrato e hierarquia superior à norma do legislador, com o princípio democrático na Constituição, verifica-se haver uma radical incompatibilidade entre o referido conteúdo e o mencionado princípio democrático na Constituição”. (ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p.16).

⁷⁴⁰ “Ao editar súmula com Efeito Vinculante (sic), oponível *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal (ou os Tribunais Superiores de Justiça e do Trabalho, questão que demandará outra discussão em face da iminente aprovação da súmula impeditiva de recurso, destinada a esses dois tribunais) passa a exercer poder maior que o é reservado ao Poder Legislativo, uma vez que assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a prévia interpretação, o que, no mínimo, viola a cláusula da divisão de poderes inscrita na Constituição”. (STRECK, Lenio Luiz. **O Efeito Vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da Revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário de (EC 45/04)**. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 155-156).

do povo, ou seja, membros do Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado reformador⁷⁴¹.

Ademais, considerando que o direito sumular vinculante tem como objeto a validade, a eficácia e a interpretação de normas acerca das quais haja controvérsia judicial, não haveria como cogitar ter havido usurpação de competência do Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário⁷⁴²; pois o STF tão somente estaria a consolidar um pensamento dominante no (e do) Tribunal (sobre uma questão constitucional); de forma que as súmulas vinculantes resultam de interpretações desenvolvidas pelo STF, no exercício da jurisdição constitucional, e na condição de guardião da Constituição da República⁷⁴³.

Diz-se, outrossim, que na edição de súmula vinculante, não há elaboração de norma jurídica, na acepção técnica e formal de norma legal. O que há é a elaboração de um enunciado prescritivo, que consolida a jurisprudência predominante e reiterada do STF, e que, por força do que dispôs o constituinte derivado reformador, tem natureza cogente⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Bem a propósito, escreve Castanheira Neves: “Por um lado, não poderemos deixar de perguntar se a índole material dos *assentos* ou se a actividade normativa que com eles cumprem os supremos tribunais, é intencionalmente conciliável com a função judicial ‘ou jurisdicional’, a que, quer jurídica quer institucionalmente, esses órgãos judiciários, como *tribunais*, são fundamentalmente chamados e pela qual se definem – e é o problema da adequação institucional e intencionalmente funcional dos assentos. Por outro lado, é ainda decisivo saber se é desse modo, mediante os *assentos* e com o regime tão particular que eles têm no nosso direito processual, que esses tribunais colaboram correcta (na ordem metodológica) e validamente (na ordem axiológico-normativo) na realização do Direito – se nesses termos respeitam e cumprem a verdadeira teleologia da juridicidade”. (CASTANHEIRA NEVES, cit., p. 20).

⁷⁴² “No que concerne à expedição de súmulas vinculantes, registra-se ampla propensão doutrinária a considerá-la uma atividade muito mais de produção do que de aplicação do direito e, a nosso ver, com razão, muito embora não se deva, propriamente, equipará-la a atividade legiferante”. (RAMOS, cit., p. 375).

⁷⁴³ “... os verbetes têm – e sempre tiveram – a função de ‘explicar’ o ‘correto’ sentido dos textos jurídicos a partir de ‘conceitos’, elaborados a partir de excertos de acórdãos, que nada mais são do que quase-súmulas, sem que, para sua elaboração, haja qualquer critério. Assim, inseridos na tradição, uma vez que institucionalizados, indubitavelmente, assumem uma função normativa. E da violência – que era simbólica, porque as súmulas e os verbetes eram aplicados em face de um *habitus* –, agora está-se diante de uma violência jurídica institucionalizada”. (STRECK. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 220).

⁷⁴⁴ “A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case”. (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of law: A theory of Legal Reasoning**, New York: Oxford University Press, 2009, p. 153).

O fato de as leis, via de regra, expressarem a vontade do povo, por serem editadas por seus representantes políticos, e, por isso, “serem legítimas”, não afastaria o risco de sua utilização arbitrária, ou ainda de um eventual totalitarismo advindo de uma “maioria organizada”⁷⁴⁵, o que justificaria, inclusive, o porquê de o Estado democrático de direito não ser unicamente associado à vontade majoritária, uma vez que as decisões políticas, ainda que majoritárias, não podem violar os direitos das minorias e das “maiorias desorganizadas”, sob pena de serem antidemocráticas⁷⁴⁶.

Daí por que, advertem os defensores do direito sumular, que o instituto da súmula vinculante, ao consolidar o entendimento do STF, na da jurisdição constitucional difusa, que se manifesta de forma contramajoritária, via de regra, reforçaria o princípio democrático – previsto na Constituição –, em vez de o violar, conforme sustentam seus detratores⁷⁴⁷.

Defende-se também, ser imprescindível o papel do STF, no combate a eventuais arbítrios, que podem estar contidos em normas legais, cujas vagueza e imprecisão geram controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário, ou entre estes e a Administração Pública, acarretando, por conseguinte, insegurança jurídica e violação do princípio da isonomia, no âmbito da jurisdição constitucional, o que se pretende evitar com a edição de súmula vinculante pelo Tribunal. Essa seria a necessidade de o STF uniformizar a Constituição interpretada, o que não violaria o princípio democrático, ao contrário disso, o afirmaria, ao demonstrar que a lei não é a única forma de materialização do poder político.

Para quem defende o instituto da súmula vinculante, a possibilidade da admissão de terceiro interessado no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, conforme disposto na Lei nº 11.417/06, consagra a participação da

⁷⁴⁵ *“Toda fuerza social que logra imponerse periodicamente, actúa de tal modo que confiere ao material normativo los rasgos que mas convièn a sus intereses y, en particular, a los modelos les confiere el sentido, no solo más conveniente, sino también, el más unívocol”.* (FERRARI, V. *Funciones del derecho* Madrid: Editora Debate, 1989, p. 13.).

⁷⁴⁶ “Segundo a Constituição, o Brasil não é só um Estado Democrático, é também um Estado de Direito, ou seja, é um Estado Democrático de Direito. A adjetivação do Estado como de Direito se explica, entre outras, pelas seguintes razões: embora o poder seja do povo, isso não afasta o risco de seu uso abusivo ou mesmo de um certo totalitarismo das maiorias eventuais. Daí a necessidade de limitar o poder pelo direito, estabelecendo princípios e regras sobre quem pode exercitá-lo, as formas procedimentais a serem observados em seu exercício e seu conteúdo, isto é, o que deve ser, o que não deve ser e o que pode ser conteúdo do direito”. (ROCHA, José de Albuquerque, cit., p. 18).

⁷⁴⁷ “A função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais, sem a toda evidência, resvalar em direções a ativismos e/ou decisicionismos, discussão, aliás, que perpassou estas reflexões em toda a sua extensão”. (STRECK, **Verdade e Consenso**, cit., p. 383).

sociedade politicamente organizada no processo de formação da súmula, em um aceno inequívoco à democracia participativa e ao pluralismo político, essenciais ao regime democrático⁷⁴⁸.

A súmula vinculante, enquanto instrumento para a consolidação da jurisprudência do STF, em sede de jurisdição constitucional difusa, se prestaria ao resguardo do princípio da segurança jurídica, ao pretender assegurar a previsibilidade, a estabilidade e a mensurabilidade das decisões judiciais, além de induzir a efetividade e o direito a um processo equânime. Este é outro forte argumento utilizado pelos entusiastas do instituto em questão.

Por essa lógica, o princípio da segurança jurídica alcançaria sua finalidade, que é possibilitar aos membros da sociedade política o ajuste de suas condutas e de suas pretensões, em conformidade com a assimilação do que é permitido e do que é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro⁷⁴⁹; além de provocar a uma verdadeira mudança no deslinde das lides, deduzidas em juízo, no sentido de se impor um julgamento, no qual se observe aquilo que já foi decidido em casos idênticos (ou similares), de maneira que aos cidadãos seja garantido um mínimo de presciência quanto ao que deverá ser por eles suportado no caso concreto.

Dois ou mais entendimentos simultaneamente válidos, no mesmo momento histórico, aplicáveis de formas diferentes a fatos concretos análogos, provoca insegurança no jurisdicionado, em relação ao que lhe caberá ao término do processo, (afirma quem defende o respeito aos precedentes e o direito sumular vinculante). É o que se

⁷⁴⁸ “Art. 3º. (...) § 2º. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. (____ Lei nº 11.417/06).

⁷⁴⁹ “Se a prevalência da segurança foi uma atitude filha do positivismo legalista, o moderno pensamento jurídico continental (em que prevalece, digamo-lo com Castanheira Neves [**Questão de facto – Questão de direito...**, *cit.*, p. 531 s., e **O instituto dos assentos...**, *cit.*, RLJ 105.º, n.º 3482], uma lógica dialéctica de uma sistemática totalizante do diverso integrado) afirma a não exclusão recíproca dos dois valores, destarte opinando pela perfeita compatibilidade de ambos no seio daquela polaridade da ideia de direito de que nos fala Heinrich Henkel, sustentando ser a segurança uma forma de justiça, dever a segurança realizar-se *na* justiça – porém não deixando de acrescentar que **em caso de irremissível colisão dos dois valores deverá preferir-se sempre a insegurança do justo à segurança do injusto**”. (PINTO BRONZE, *cit.*, p. 147). Obs: original sem grifos.

convencionou chamar de “loteria judiciária”, na qual, para um tipo casos, são apresentadas soluções divergentes, senão diametralmente opostas⁷⁵⁰.

A fim de evitar que sobre litígios idênticos recaiam soluções díspares, a depender do julgador, e para que a Administração Pública não desconsidere o que o Supremo Tribunal Federal já reputa como indiscutível, é que a súmula vinculante se revelaria necessária no direito brasileiro, pois com este instituto se pretende que se dê concretude ao princípio da segurança jurídica.

Dessa maneira, o STF, ao consolidar seu entendimento acerca de uma questão constitucional, sobre a qual há controvérsia entre outros órgãos do Poder Judiciário, ou até entre turmas do próprio Tribunal, quando da edição de uma súmula vinculante; não só se solucionaria a situação de insegurança jurídica, como impediria a multiplicação de processos, advinda da controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, conforme dicção do § 1º, art. 103-A, da Constituição da República.

De qualquer sorte, independentemente de ser crítico ou entusiasta do instituto da súmula vinculante, a prática sumular deve ser empreendida para proporcionar clareza acerca de determinada questão constitucional, de forma que, para casos análogos aos que serviram de paradigmas para a edição de uma súmula vinculante, se profira decisões coerentes com aquilo que foi sumulado. Eis o porquê de a súmula não poder trazer generalização excessiva, sob pena de ela mesma produzir insegurança jurídica. Logo, importa que a redação de um verbete sumular vinculante seja precisa, de modo a se evitar conceitos fluidos e vagos⁷⁵¹.

Nesse sentido, segundo seus defensores, o direito sumular tem como justificativa uma melhor prestação da tutela jurisdicional, pois não bastaria garantir ao cidadão o

⁷⁵⁰ “Todavia, no plano dos fatos, decisões podem ser diferentes, porque os tribunais podem decidir diferentemente. É comum haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos. Isto gera insegurança nos jurisdicionados e descrédito no Poder Judiciário. É, portanto, inteiramente nefasto do ponto de vista jurídico”. (GARCIA MEDINA, José Miguel; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Tereza Arruda. **Repercussão geral e Súmula Vinculante**. In: ALVIM WAMBIER, Tereza Arruda (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 383).

⁷⁵¹ “As súmulas, passando a ter efeito vinculante, devem passar a ser elaboradas com muito mais critérios e de forma a não gerar, na medida do possível, problemas interpretativos mais complexos do que gerados pela própria lei”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução**. **Revista de Processo v. 98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2000, p. 302).

acesso ao Poder Judiciário, é preciso assegurar que a prestação jurisdicional se dê de forma isonômica, através de interpretação unívoca das normas, de modo a conferir maior previsibilidade ao sistema judicial e fazer cumprir o princípio da segurança jurídica, com o que os enunciados sumulares vinculantes se revestem de legitimidade no contexto de um Estado democrático de direito.

10.4. Diferença entre a eficácia transcendente, que se agrega aos julgados proferidos em sede de recursos extraordinários com repercussão geral, e o efeito vinculante das súmulas vinculantes

Inúmeras são as interpretações operadas pelos juízos monocráticos e pelos tribunais da República, inclusive no tocante a jurisdição constitucional difusa. Isso provocou um aumento exponencial de recursos no Brasil, a ponto de se ultrapassar em muito a possibilidade fática de o Poder Judiciário poder responder à demanda dos jurisdicionados, pelo o que o processo judicial se tornou demasiadamente moroso, justificando o aparecimento de um fenômeno que se convencionou denominar de jurisprudência defensiva.

Nesse contexto, laborou-se no sentido de se dar respostas unívocas às pretensões jurídicas deduzidas nos juízos do Brasil, de modo a repelir a instabilidade interpretativa do direito aplicado, com impacto também na jurisdição constitucional concreta.

Eis por que se criou a cláusula de repercussão geral⁷⁵², como condição para interposição de recurso extraordinário perante o STF e com o condão de fazer com se agregue eficácia transcendente aos julgados do Tribunal, proferidos nesta modalidade recursal. A ideia de jurisprudência defensiva não apareceu nos últimos anos, haja vista os antecedentes históricos da cláusula de repercussão geral, tais como à arguição de relevância e à transcendência do recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho⁷⁵³.

⁷⁵² Cf.: (VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann /Ulisses Schwarz Viana**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35).

⁷⁵³ “A adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. (...). Resguardam-se, destarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação se mostra imprescindível

Convém registrar, que a arguição de relevância, prevista na Emenda Constitucional nº 01 de 1969, foi precursora da cláusula de repercussão geral, consoante já foi mencionado, pois a exemplo da repercussão geral, servia de filtro para a interposição de recursos perante o STF⁷⁵⁴.

Uma das diferenças entre a arguição de relevância (do regime constitucional anterior) e a cláusula de repercussão geral, como mecanismos de segregação recursal, consiste em que, na arguição de relevância, se condicionava o conhecimento do recurso, interposto perante o STF, somente à existência do requisito de relevância da matéria; enquanto, na cláusula de repercussão geral, se tem no binômio relevância/transcendência, os requisitos para admissibilidade do recurso extraordinário.

Antes do advento da cláusula de repercussão geral, o STF chegou a adotar outros filtros, na intenção de conter a demanda de recursos extraordinários no Tribunal. Um exemplo disso foi o prequestionamento (da matéria constitucional), que se tornou requisito de admissibilidade desse recurso, por normatização do próprio Tribunal, consoante o disposto nas Súmulas 282⁷⁵⁵ e 356⁷⁵⁶.

A necessidade e adequação da implementação da cláusula de repercussão geral, no entanto, fez-se indispensável face à conjuntura na qual se encontrava o Poder Judiciário brasileiro, principalmente para propiciar celeridade aos processos e conferir estabilidade aos temas de direito constitucional material debatidos no STF.

Todavia, não se ter conceituado o instituto em comento na Constituição da República, postura que também adotada pelo legislador ordinário – art. 1.035, §1º do Código de Processo Civil de 2015: “Para efeito de repercussão geral será considerada a

para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira”. (MARINONI e MITIDIERO, **Repercussão geral no recurso extraordinário**, cit., p. 22-23).

⁷⁵⁴ “Não obstante tenham a função de ‘filtragem recursal’, a ‘arguição de relevância’ e a ‘repercussão geral’ não se confundem. Enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extarodínario *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central *inclusiva*, a repercussão geral visa *excluir* do conhecimento do STF, controvérsias que assim não se caracterizam”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 921).

⁷⁵⁵ Súmula 282 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

⁷⁵⁶ Súmula 356 – STF. O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo –, não está livre de críticas.

Entender a repercussão geral como é posta pelo §1º do artigo supracitado, excluídas as hipóteses do §3º, poderia dar azo a manobras interpretativas sobre o que venha a ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, assim como aquilo que excede os interesses subjetivos do processo (requisito da transcendência).

Contudo, o legislador ordinário acertou ao não elencar quais as questões deverão ser consideradas para se atender à cláusula de repercussão geral, pois, não se interpreta a Constituição, tendo a lei como ponto de partida⁷⁵⁷.

Nesse cenário, em vários julgados, o STF já se manifestou no sentido de que não basta o recorrente alegar que o fundamento do seu recurso atende à cláusula de repercussão geral, é preciso demonstrar a relevância e pertinência da matéria recorrida, consoante o Tribunal vem reiterando em seus julgados, a exemplo do RE nº 601.381, da lavra do Ministro Luiz Fux⁷⁵⁸.

Insta apontar que a repercussão foi criada com o escopo de objetivar a jurisdição constitucional difusa, no âmbito do STF, tendo em vista que o caráter subjetivo, que o recurso extraordinário outrora ostentava, foi uma das causas do asoberbamento do

⁷⁵⁷ “Essa leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à *derrocada* interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma *constituição legal* paralela, pretensamente mais próxima dos momentos ‘metajurídicos’ (sociológicos e políticos)”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 1230).

⁷⁵⁸ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RELATIVA À PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL INVOCADA NO RECURSO. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO POSTERIOR A 03.05.2007. “De acordo com a orientação firmada neste Tribunal, é insuficiente a simples alegação de que a matéria em debate no recurso extraordinário tem repercussão geral. Cabe à parte recorrente demonstrar de forma expressa e clara as circunstâncias que poderiam configurar a relevância – do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico – das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. A deficiência na fundamentação inviabiliza o recurso interposto. 3. Deveras, o recorrente limitou-se a afirmar que ‘a Corte *a quo* deliberadamente deixou de conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita ao recorrente, mesmo o recorrente declarando-se pobre’. Por essa razão, o requisito constitucional de admissibilidade recursal não restou atendido. 4. O mero inconformismo com o acórdão recorrido não satisfaz, por si só, a exigência constitucional de demonstração de repercussão geral. (Precedentes: RE n. 575.983-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 13.05.11; RE n. 601.381-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 29.10.09, entre outros). 5. Agravo regimental não provido”. (RE nº 611.400/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, **DJe de 16/10/12**)

Tribunal, que se via obrigado a julgar questões constitucionais, surgidas incidentalmente em quaisquer relações processuais intersubjetivas, carreadas ao Tribunal pela via deste recurso.

Cumprе salientar que, antes mesmo da instituição da cláusula de repercussão geral, pela via da EC nº 45/2004, no julgamento do recurso extraordinário nº 197.917, o STF inovou o cenário jurídico, ao ter atribuído efeito *ex nunc* ao que ficou nele decidido, aplicando regra prevista, até então, apenas para as ações de controle concentrado de constitucionalidade⁷⁵⁹

Fato é que a criação da cláusula de repercussão geral, por si só, não solucionou o problema de congestionamento processual no STF, pois o disposto no art. 543-B, §3º, do CPC/73 (revogado), que previu que os recursos sobrestados poderiam ser declarados prejudicados ou serem retratados pelos tribunais *a quo*, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, ocasionou a interposição em massa de agravos de instrumentos, com o intuito de que os recursos extraordinários, “supostamente declarados prejudicados por equívoco”, pudessem ser apreciados pelo STF.

Para solucionar este problema, o legislador não reproduziu, da mesma forma, o teor do §3º do art. 543-B do CPC de 1973; já que no Código de 2015 não se previu uma possibilidade, mas sim um dever de se declarar prejudicado os recursos afetados, pela inexistência da repercussão geral, conforme dicção dos seus arts. 1039 e 1040, e gravou a decisão sobre a repercussão geral com cláusula de irrecorribilidade.

Com efeito, a repercussão geral conferiu uma nova roupagem à jurisdição constitucional difusa no Brasil, além de ter se revelado como um importante instrumento para conter a avalanche de recursos interpostos no STF e, por conseguinte, proporcionar efetividade ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

Note-se que a repercussão geral exsurge da Emenda Constitucional n. 45/2004, juntamente com a possibilidade de edição pelo STF de súmula vinculante. Daí por que, num primeiro momento, se entendeu ter a cláusula de repercussão geral somente natureza

⁷⁵⁹ “É interessante notar que, mesmo antes da repercussão geral, na EC n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal já sinalizava que estava sensível quanto à necessidade de superação de um paradigma formalista, ultrapassado e contraproducente. Isso quando, em precedente histórico, no Recurso Extraordinário n. 197.917, atribuiu efeito *ex nunc* ou *pro futuro* em uma decisão proferida em sede de recurso extraordinário, em aplicação extensiva da regra só prevista para as ações de controle (ADIn e ADC), no art. 27 da Lei n. 9.868/99”. (VIANA. Ulisses Schwarz, p. 61).

de condição de procedibilidade para o manejo do recurso ordinário, como requisito (filtro) para seu conhecimento⁷⁶⁰.

Isso decorria do fato de a mesma Emenda ter criado um instituto idôneo para fazer transcenderem os efeitos das decisões do STF, tomadas em sede de controle difuso, que era a sumula vinculante.

No entanto, a tese de que a repercussão geral não teria somente natureza de condição de procedibilidade, para interposição (e conhecimento) do recurso extraordinário, ganhou força em razão do binômio relevância e transcendência, como requisitos para aferição da repercussão geral.

É dizer, o requisito da relevância aponta no sentido de ser a repercussão geral uma condição a ser observada para o conhecimento do recurso extraordinário, afeita a importância da questão constitucional discutida no recurso, com natureza de filtro mesmo para a sua interposição⁷⁶¹.

E o requisito da transcendência da matéria constitucional indica que os recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, devem ganhar contornos de abstração, a exemplo da fiscalização constitucional judicial objetiva, revestindo as decisões finais, prolatadas nestes recursos, de eficácia transcendente. Por esta razão, a transcendência da matéria constitucional também deve servir de filtro para o conhecimento do recurso extraordinário⁷⁶².

Tal inteligência não esvaziou o instituto da súmula vinculante, haja vista que, mesmo após o advento da cláusula de repercussão geral, os recursos extraordinários não passaram a ter efeito vinculante automático; em que pese esses recursos ostentem, desde

⁷⁶⁰ “Os requisitos que viabilizam a admissibilidade do recurso são questões prévias ao conhecimento do mérito recursal, sendo consideradas notadamente questões preliminares”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 921).

⁷⁶¹ “Perceba-se, ainda, que a **relevância** da questão debatida tem de ser aquilatada do ponto de vista social, econômico, jurídico e político. Não se tire daí, como é evidente, a exigência de que a controvérsia seja importante sob todos os ângulos de análise: baste que reste caracterizado a relevância do problema debatido sob uma dessas perspectivas”. (*Idem*, p. 921). Obs: original sem grifo.

⁷⁶² “A **transcendência** da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do STF pode ser caracterizada tanto em perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobreleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão do Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso)”. (*Ibidem*, p. 921). Obs: original sem grifo.

então, natureza de instrumento processual do controle abstrato/concentrado da constitucionalidade, o que, por si só, já confere eficácia transcendente aos seus julgados.

Some-se a isso o fato de que as decisões exaurientes, proferidas em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, só passam a gozar de efeito vinculante, se o STF editar súmula neste sentido, posto que as súmulas ordinárias, que servem de acórdãos, decorrentes dos julgamentos de mérito, prolatados nestes recursos, gozam apenas de eficácia *erga omnes*.

Ademais, o instituto da súmula vinculante é imprescindível, quando houver reiteradas decisões do STF no mesmo sentido, proferidas ou em sede de competência originária – desde que não se trate de ações do controle abstrato/concentrado – ou em sede de competência recursal ordinária do Tribunal, ocasião em que a edição de súmula vinculante é o único meio idôneo para que o STF faça transcender (eficácia *erga omnes*) seu entendimento reiterado.

É dizer, diferentemente do que se dá em decorrência dos julgamentos dos recursos extraordinários com repercussão geral, a edição de súmula vinculante provoca mais do que atribuição de eficácia transcendente às decisões do STF, posto que o verbete sumular vinculante também vincula a Administração Pública, direta ou indireta, àquilo que o Tribunal sumulou⁷⁶³.

É que, enquanto a eficácia *erga omnes* afeta os demais órgãos judicantes do Poder Judiciário, sem impactar os órgãos fracionários do STF e seus ministros, e nem a Administração Pública; o efeito vinculante impacta os demais órgãos do Poder Judiciários, os órgãos fracionários do próprio STF e a Administração Pública, direta ou indireta.

10.5. Impossibilidade de concessão de eficácia transcendente automática às decisões do STF, proferidas em sede de competência

⁷⁶³ “No Brasil, não possuímos o conceito de força de lei alemão, o que existe é a coisa julgada e sua eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. A eficácia *erga omnes* não é exclusiva da jurisdição constitucional, ela ocorre sempre que forem tutelados em juízo, interesses difusos, nos termos do art. 103 do CDC. [...]. Já o nosso efeito vinculante, que atingirá a Administração Pública e os particulares, é exclusivo do controle concentrado de constitucionalidade e sua existência está atrelada à presença da coisa julgada material”. (ABBOUD, cit., p. 123).

originária (diversa da competência para julgar as ações controle concentrado) e em sede de competência recursal ordinária

O fundamento da instituição da súmula vinculante no direito brasileiro é o mesmo fundamento do processo de objetivação do recurso extraordinário: a uniformização da interpretação da Constituição da República na jurisdição constitucional difusa, de modo a dar mais coesão e coerência aos julgamentos de questões constitucionais, proferidos por qualquer dos órgãos judicantes do Brasil, a partir do que já tiver sido pacificado pelo STF⁷⁶⁴.

Nesse sentido, a adoção do direito sumular vinculante se mostra como uma estratégia, para que as decisões do STF, tomadas em casos concretos, tenham força vinculante⁷⁶⁵. Pois, editada a súmula vinculante pelo STF, dar-se-á eficácia transcendente do enunciado, que deve se basear em reiteradas decisões, tomadas pelo Tribunal, no julgamento de casos concretos, sobre determinada matéria constitucional; desde que essas decisões não provenham de julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral (ou repetitivos), ocasião em que a súmula ordinária se constitui, por si mesma, em meio idôneo para a eficácia transcendente do acordo⁷⁶⁶.

É oportuno repisar que, no julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral, a eficácia transcendente se dá a partir da decisão exauriente, prolatada nesta modalidade recursal, de forma automática, porquanto os julgados, prolatados em sede de recurso extraordinário, já se constituem em súmula ordinária e servem como acórdão.

Isso porque o legislador ordinário normatizou, o que o constituinte derivado reformador já havia previsto, quando deu contornos de jurisdição constitucional abstrata

⁷⁶⁴ O dever de coerência pode ser associado a precisão e constância na utilização das categorias jurídicas, às considerações devidas aos precedentes e prevenção de conflitos de interpretação, cf.: ALEXY, Robert e ALEKSANDER, Peczenick. *The concept of coherence and its significance for the discursive rationality*, *Ratio Juris*, 3:130-47, 1990.

⁷⁶⁵ "O direito sumular traduz o resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do país, que visam a rapidificação de causas no Judiciário. A se dar seguimento ao inconformismo das partes, manifestado em peça recursal, em total colidência com texto de Súmula do Tribunal, estar-se-ia a instaurar um regime anárquico, que afronta o princípio de uniformização das decisões. Prevalência do entendimento contido no direito sumulado, que traduz a manifestação de um colegiado, para negar provimento ao agravo regimental" (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, unânime, relator o Ministro Pedro Acíoli, Ag. Reg. em R.esp. nº 3.317-BA, pub. em 26.11.90, **ADV Jurisprudência 52.533**).

⁷⁶⁶ Cf.: BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 184.

ao recurso extraordinário, ao estabelecer a transcendência como requisito para interposição e conhecimento desde recurso, desde o advento da cláusula de repercussão geral (Art. 102, § 3º da Constituição da República).

Ao contrário do que alguns os processualistas defendem, não é por força do parágrafo 1º do art. 503 do CPC de 2015⁷⁶⁷, que prevê que a questão prejudicial “será abarcada pela coisa julgada”, que a questão constitucional, por se constituir espécie do gênero questão prejudicial de mérito, terá eficácia transcendente, quando do julgamento do recurso extraordinário.

É que não se pode aplicar o parágrafo 1º do art. 503 do CPC de 2015 ao controle difuso de constitucionalidade, porque na jurisdição constitucional difusa, os juízos competentes para decidir o incidente de inconstitucionalidade, como questão prejudicial de mérito, não são competentes para julgar a questão constitucional, como questão principal.

Mesmo o STF que, embora seja competente para julgar a questão constitucional como questão principal, no exercício da jurisdição constitucional abstrato/concentrada (nas ações do controle abstrato/concentrado, art. 102, I, ‘a’ e § 1º e art. 103, § 2º, todos da Constituição da República) e no julgamento dos recursos extraordinários (desde a abstrativização deste recurso, art. 102, III); não é competente para julgar questão constitucional como questão principal, quando exerce a jurisdição constitucional de forma incidental, nos processos que versam sobre casos concretos de competência originária (excluídas as ações do controle abstrato/concentrado, art. 102, I, ‘b’ e segs.) e de competência recursal ordinária (art. 102, II) do Tribunal.

Nas causas para as quais o STF tem competência originária, diversas das ações do controle concentrado, e nas causas para as quais o Tribunal tem competência recursal ordinária, a questão constitucional é julgada em caráter incidental, e não em caráter abstrato; pelo que, não se pode cogitar de se estender os efeitos do dispositivo da sentença para a questão prejudicial decidida no incidente de constitucionalidade, porque o STF não tem competência para conhecer da matéria constitucional de forma abstrata, nessas

⁷⁶⁷ “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. [...]. § 1º. O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: [...]; III- o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. [...]”. (Lei n. 11.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: www.planalto.gov.br).

hipóteses, nas quais o Tribunal não atua como “guardião da Constituição”; uma vez que, tanto na competência originária – desafeta das ações do controle concentrado – quanto na competência recursal ordinária, o STF exerce jurisdição ordinária, via de regra, e jurisdição constitucional na forma incidental.

No processamento e julgamento do recurso extraordinário, desde o advento da cláusula de repercussão geral, que tem natureza de condição para interposição e para o conhecimento deste recurso, por força do requisito constitucional de relevância da matéria; o STF conhece e julga estes recursos em caráter abstrato, por força do requisito constitucional da transcendência da matéria, razão pela qual, não há como se cogitar de extensão dos efeitos da coisa julgada, nos termos do parágrafo 1º do Art. 503 do CPC; porque o Tribunal, ao julgar o recurso extraordinário, não mais julga a questão constitucional como incidente do recurso, mas sim como questão principal, da mesma forma que o faz no exercício da jurisdição constitucional abstrato/concentrada.

E mais, a aplicação do parágrafo 1º do art. 503 do CPC/2015, em sede de fiscalização judicial difusa da constitucionalidade, não resiste a uma interpretação conforme à Constituição, caso se trate de competência originária do STF – diversa da competência para conhecer e julgar ações do controle concentrado – ou de competência recursal ordinária, no que a tange a extensão dos efeitos do dispositivo da sentença para aqueles que não fizeram parte do processo intersubjetivo.

Pois, se estará diante de hipótese de não incidência de norma infraconstitucional primária, em face de sua inaplicabilidade consoante a disciplina constitucional sobre o tema. É que, embora o dispositivo legal em comento seja vigente, eficaz e válido, o mesmo não incidirá nos incidentes de inconstitucionalidade, ainda que estes tenham natureza de questão prejudicial de mérito, para fins de fazer transcender a eficácia da decisão incidental, por força da extensão dos efeitos da coisa julgada, para além do dispositivo do acórdão; quando se tratar de competência originária (desafeta das ações do controle concentrado) ou recursal ordinária do STF.

É dizer, a questão constitucional, deduzida em juízo, por meio de incidente de constitucionalidade, com natureza jurídico-processual de questão prejudicial de mérito, por força do que dispõe o parágrafo 1º do art. 503 do CPC, faz coisa julgada entre as

partes; mas não faz transcender sua eficácia para além do processo concreto, ainda que o STF seja competente para julgar este processo.

Ademais, enquanto a coisa julgada impacta o dispositivo (*decisum*) de uma sentença *lato sensu*, a eficácia transcendente faz transcender a *ratio decidendi* da decisão de cognição exauriente⁷⁶⁸. É dizer, a extensão dos efeitos da coisa julgada para o que foi decidido na questão prejudicial, significa tornar imutável entre as partes do processo a prejudicial de mérito, nada tendo a ver com a extensão dos efeitos da decisão para além do processo.

Com efeito, a eficácia transcendente automática da questão constitucional dos recursos extraordinários não guarda nenhuma relação com o dispositivo legal em comento, porquanto a transcendência da eficácia das decisões exaurientes, proferidas nesta modalidade recursal, decorre da cláusula de repercussão geral, especialmente do requisito constitucional da transcendência da matéria discutida no recurso. Além do que, a disciplina legal da abstrativização constitucional do recurso extraordinário se dá pela incidência do já mencionados arts. 927, IV e 1035, § 11 do CPC; e não pela incidência do parágrafo 1º do art. 503 do CPC.

Mais, não se pode dar azo à possibilidade de aplicação autônoma da teoria da transcendência dos motivos determinantes, no tocante a jurisdição constitucional concreta, sob pena de se considerar inútil a previsão constitucional e legal dos institutos da súmula vinculante e da cláusula de repercussão geral. Senão, vejamos.

A possibilidade de a teoria dos motivos determinantes ser aplicada por si mesma, em sede de controle difuso, em julgados do STF, ganhou relevância após o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido nos autos da Reclamação 4.335/AC, em que se defendeu a transcendência dos efeitos da decisão no controle difuso para além do caso *sub judice*.

Seguindo essa linha de raciocínio, e sob o argumento de que as decisões do STF devem ser observadas por todos os órgãos do Poder Judiciário, há na doutrina quem

⁷⁶⁸ “A eficácia *erga omnes* é capaz de fazer com que a decisão do Supremo possa atingir a todos, de forma coletiva, fazendo com que todos tenham que se inclinar à referida decisão. [...]. Aqui se estão a vincular cidadãos ao que fora decidido pela Corte, mas não a ponto de se tornar a decisão imutável, pois distinto do instituto da *res iudicata*”. (THAMAY, cit., p. 212/213).

defenda que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade têm o condão de transcender o processo, no qual a declaração foi proferida.

Suscitam, para tanto, os argumentos já debatidos neste trabalho acerca da segurança jurídica, da economia processual, da efetividade do processo, e da celeridade processual, dentre outros que, aprioristicamente, se mostram relevantes e eficazes⁷⁶⁹, além da ideia de máxima efetividade da Constituição, através do prestígio que sem empresta à força normativa do texto constitucional.

No entanto, em uma análise mais pormenorizada do contexto em que se pretende inserir eficácia transcendente das decisões do STF, prolatadas em sede de controle difuso, à luz da emenda constitucional n. 45 de 2004, verifica-se que a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes de forma autônoma encontra óbice na Constituição da República, desde o advento do instituto da súmula vinculante e da cláusula de repercussão geral, conforme já se exposto.

Repisa-se que, a partir da EC n. 45, há no ordenamento jurídico brasileiro dois instrumentos processuais (de cunho constitucional) idôneos para atribuir eficácia transcendente às decisões do STF, tomadas em sede de controle concreto, que são a súmula vinculante e a cláusula de repercussão geral – como condição para que se julgue os recursos extraordinários. Além de remanescer o instrumento extraprocessual para o mesmo fim: resolução senatorial, nos termos do art. 52, X, da Constituição da República.

Desde o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a teoria da transcendência dos motivos determinantes deixa de ser suficiente por si mesma, para fazer estender os efeitos de decisão exauriente do STF, proferida em sede de fiscalização constitucional incidental, de modo a afetar quem não participou do processo concreto; e passa a se constituir no fundamento para a eficácia transcendente, que decorre da edição de súmula

⁷⁶⁹ “O STF dispõe de outros instrumentos para evitar os inúmeros processos onde há discussão de questões constitucionais idênticas, como a repercussão geral no recurso extraordinário e a possibilidade de edição de súmula vinculante. Todavia, no âmbito dos demais Tribunais – especialmente de Justiça onde há seguidamente o questionamento de leis de vários Municípios com idêntico conteúdo – não há previsão de qualquer mecanismo que possa ser utilizado para ao menos reduzir o número de incidentes de inconstitucionalidade. A aplicação da transcendência dos motivos determinantes seria um instrumento pelo qual estes tribunais conseguiriam reduzir o número de processos encaminhados ao pleno ou órgão especial e conseguir maior celeridade processual nos casos em que há reiteradas discussões sobre questões constitucionais idênticas”. (SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; DA SILVA, Aline Araújo Curtinaz. **A Transcendência dos Motivos Determinantes no Controle Incidental de Constitucionalidade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 88/2014. p. 31 – 53. Jul. 2014).

vinculante, ou da edição de súmula ordinária – elaborada a partir de julgados, proferidos em recursos extraordinários, com repercussão geral ou repetitivos.

Não foi por outra razão, que o legislador, investido no poder de reforma da Constituição, para sanar as limitações e imperfeições do método jurisdicional difuso de fiscalização judicial da constitucionalidade, além de ter revestido os verbetes sumulares vinculantes de força cogente, autorizou o STF a editá-los. Bem como, o próprio STF, em um primeiro momento, ampliou o espectro da repercussão geral, com fundamento no requisito constitucional da transcendência, para dar caráter objetivo aos recursos extraordinários, o que mais tarde veio a ser positivado pela legislação ordinária, *ex vi* o CPC/2015 (artigos 927, IV e 1035, § 11).

Ora, se o constituinte reformador outorgou ao STF a atribuição para editar súmulas revestidas de eficácia transcendente e efeito vinculante, por meio das quais, é possível estender a eficácia da declaração de (in) constitucionalidade de leis, de maneira a atingir os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta ou indireta; não se pode ignorar o procedimento, previsto em texto constitucional, para a edição de verbete sumular vinculante, a pretexto de se afirmar a força normativa da Constituição.

Se o STF pudesse aplicar diretamente a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, com o fito de conceder eficácia transcendente aos seus julgados, prolatados em sede de incidente de inconstitucionalidade, sem observar o procedimento constitucional instituído para este fim, qual seria a razão de existir da súmula vinculante? No mesmo sentido, qual seria a razão de se ter instituído a cláusula de repercussão geral, tendo como requisito da transcendência para sua aferição, como condição para o Tribunal conhecer de recursos extraordinários?

É conspícuo que, em se adotando a teoria da transcendência dos motivos determinantes, de forma autônoma, de modo a fazer transcender qualquer decisão, exarada pelo STF, em sede de jurisdição constitucional incidental, nos processos de competência originária “não constitucional” ou de competência recursal ordinária do Tribunal, para além do caso concreto; o instituto da súmula vinculante acabaria por se tornar inteiramente prescindível, e a cláusula de repercussão geral passaria a ter natureza unicamente de condição de procedibilidade (filtro recursal).

Nesse sentido, e diante da disciplina constitucional e legal nas quais se insere o direito sumular vinculante, se houver necessidade de o STF estender os efeitos de suas decisões, prolatadas em sede controle incidental, de forma reiterada, a todos os casos concretos semelhantes – nas hipóteses de competência originária, diversa da competência para julgar ações do controle abstrato e de competência recursal ordinária –; que o faça, por meio da edição de súmula vinculante, atendido o regramento constitucional para este fim.

Eis aqui a diferença entre efeito vinculante, que deriva tanto da edição de verbete sumular vinculante, quanto das decisões do controle abstrato/concentrado, e que afeta a Administração Pública (direta ou indireta) e os demais órgãos do Poder Judiciário, além dos órgãos fracionários do próprio STF (e a atuação monocrática dos ministros)⁷⁷⁰; e eficácia transcendente, que deriva das decisões exaurientes, proferidas nos recursos extraordinários com repercussão geral, e afeta somente os demais órgãos do Poder Judiciário, não impactando nem a Administração Pública e nem os órgãos fracionários e ministros (decisões monocráticas) do STF⁷⁷¹.

Sendo assim, o julgamento de um recurso extraordinário, pelo STF, no qual sempre se aprecia uma questão constitucional (razão de existir deste recurso), será aplicado aos demais órgãos do Poder Judiciário, automaticamente, sem que haja necessidade de decisões reiteradas no mesmo sentido. Isso ocorre por força da repercussão geral, que tem a relevância e (especialmente) a transcendência da matéria constitucional, como requisitos para sua aferição, e sem a qual o STF não conhece do recurso extraordinário, nos termos dos arts. 927, IV e 1035, § 11 do CPC/2015.

Em razão disso, tanto no processo de formação de uma súmula vinculante, quanto no julgamento de um recurso extraordinário com repercussão geral, é admitida a figura do *amicus curiae*, o que atende ao princípio democrático, porque o entendimento jurídico

⁷⁷⁰ “Outro problema reside no fato de que a experiência das súmulas possibilita que o STF seja ao mesmo tempo o criador do texto e seu aplicador/concretizador no momento em que julga as reclamações em virtude da não-aplicação do texto sumular pelos tribunais inferiores. Talvez por isso as Súmulas vinculantes representem uma contradição do e no que julga as reclamações em virtude da não aplicação das súmulas vinculantes”. (STRECK, **Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis**, cit., p. 132).

⁷⁷¹ “Diferentemente da eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante está ligado aos limites objetivos da decisão, ou seja, que conteúdo e determinações deverão os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública respeitar” (THAMAY, cit., p. 207).

que pode ser aplicado a todos, deve contar com a participação de vários interessados, haja vista a pluralismo de uma sociedade democrática⁷⁷².

É que não se pode olvidar que na edição de uma súmula vinculante e no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral – ao contrário do que ocorre na aplicação autônoma da teoria da transcendência dos motivos determinantes, na qual somente as partes do processo participam dos debates endoprocessuais –, há um imperativo de participação da sociedade, como forma de pluralizar a discussão da questão constitucional; ao se considerar que o enunciado de uma súmula vinculante ou o conteúdo do julgado de um recurso extraordinário – que se converterá em súmula ordinária, de observância obrigatória, pelos demais órgãos do Poder Judiciário – afetarão os inúmeros casos, nos quais haja incidente de inconstitucionalidade, que versem sobre a matéria sumulada, em caráter vinculante ou ordinário (recurso extraordinário).

Em que pese haver argumentos e motivos que justifiquem uma tendência para a concessão de eficácia transcendente a decisões firmadas *incidenter tantum*, não pode haver outra conclusão além da defendida no presente trabalho, sob pena dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral serem tidos como meros adereços constantes da Constituição da República.

A propósito, há julgados do próprio STF nesse sentido, entendendo não ser cabível, dentro do que se interpreta do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, objetivar a via difusa, para adotar a transcendência dos motivos determinantes, de forma autônoma⁷⁷³.

⁷⁷² “Art. 3º (...) § 2º. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. (_____ Lei nº 11.417 de 2006 – Lei da Súmula Vinculante).

⁷⁷³ Cf.: EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. “1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 2. Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual. Precedente. 3. Agravo regimental não provido”. (Rcl 3294 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, **DJe 3-11-2011**).

De fato, se o STF, foro competente em última (e única) instância, para dizer a Constituição, declarou, de forma definitiva, que determinada lei é inconstitucional, não se mostra, a princípio, coerente que essa lei, seja percebida inconstitucional pelo Tribunal e seja percebida constitucional por um juízo de 1º grau, simultaneamente. No entanto, há instrumentos idôneos para o combate dessa (aparente) incoerência⁷⁷⁴.

Por essa razão, muito embora a teoria da transcendência dos motivos determinantes apresente, inicialmente, robusta razão para existir e, por isso, seja bem recebida por parte da doutrina brasileira, entende-se que lhe faltam dispositivos e regras constitucionais que legitimem sua aplicação autônoma, de modo a evitar que se abuse do seu uso.

E é nesse contexto que não se pode conferir eficácia transcendente às decisões finais, exaradas em sede de controle difuso, ainda que oriundas do Pleno do STF, desde que elas não tenham sido prolatadas em sede de recursos extraordinários, com repercussão geral, ou desde que seus conteúdos não tenham sido objeto de verbete sumular vinculante⁷⁷⁵.

Em análise apressada, pode-se até concluir ter a súmula vinculante perdido utilidade. De fato, não se edita súmula vinculante para emprestar eficácia *erga omnes* a julgados de recursos extraordinários, porque esse fenômeno é inerente a esses julgados, por força da repercussão geral.

Entrementes, mesmo que já haja eficácia transcendente de uma decisão sua, poderia (em tese) o STF editar verbete sumular vinculante, com o fito de que tal decisão não somente impacte os demais órgãos judiciais, afora o próprio Tribunal, como também vincule a Administração Pública, direta e indireta, e os órgãos fracionários ou ministros do próprio Tribunal, por força do efeito vinculante, que só o direito sumular vinculante ostenta, além da fiscalização constitucional judicial abstrata.

⁷⁷⁴ “(...) Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. (Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, **DJe 26-10-2011**).

⁷⁷⁵ “O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. (...)” (Rcl 3014, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, **DJe 10-3-2010**).

Contudo, há que se observar o requisito de ter havido reiteradas decisões, proferidas em sede de recursos extraordinário, no mesmo sentido, para que possa o STF editar verbete sumular vinculante. Isso é, por lógica, quase impossível porque a abstrativização deste recurso, a partir do advento da cláusula de repercussão geral e do julgamento por amostragem na hipótese de recursos repetitivos, se deu exatamente, com a finalidade de evitar que o Tribunal julgue várias vezes a mesma matéria constitucional.

Porém, caso se entenda que o julgamento do *leading case* supre a exigência constitucional de reiteradas decisões no mesmo sentido, como condição para edição de verbete sumular vinculante; é possível sim que o STF converta uma súmula ordinária, proveniente de julgamento de um recurso extraordinário e que goza de eficácia transcendente; em uma súmula vinculante, para que a tese fixada pelo Tribunal, passe a ostentar também efeito vinculante.

Repise-se, as questões constitucionais, decididas em sede de competência originária, desafeta da jurisdição constitucional concentrada, e de competência recursal ordinária, ambas do STF, na forma de incidente das ações e ou dos recursos ordinários, respectivamente, não gozam de eficácia *erga omnes*, automática, prescindindo da edição de súmula vinculante para este fim (e também para o fim de obter efeito vinculante).

Ainda que a questão incidental fosse abarcada pelo dispositivo da decisão final, em sede de competência originária, “não constitucional”, ou recursal ordinária do STF, por força do art. 503, parágrafo 1º do CPC de 2015, esta não teria eficácia transcendente automática.

É dizer, o que se decidir, no incidente de inconstitucionalidade, em processos de competência originária, desafeta da jurisdição constitucional abstrata, e de competência recursal ordinária do STF, por força do art. 503, parágrafo 1º, do CPC/2015, poderia até fazer coisa julgada entre as partes – se este dispositivo legal incidisse na hipótese –, mas jamais ostentaria eficácia transcendente.

É que o inciso IV do art. 927 do CPC de 2015 obriga os demais juízos e tribunais a cumprirem os precedentes constitucionais do STF, desde que sumulados. Aqui, é forçoso dizer que será sumulado aquilo que se decidir em sede de recurso extraordinário com repercussão geral ou repetitivo (§ 11 do art. 1035 do CPC).

No que tange aos efeitos da edição de súmula vinculante ou de súmula ordinária, tem-se que a diferença é: a súmula ordinária tem a eficácia transcendente, ao alargar os limites subjetivos do alcance de uma decisão, proferida pelo STF, no controle concreto/difuso, de modo a irradiar o entendimento, esposado na decisão, para situações semelhantes, a serem julgadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário; e a súmula vinculante tem o condão de afetar não apenas os outros órgãos do Poder Judiciário (eficácia transcendente), como também órgãos fracionários e ministros do STF, bem como a Administração Pública, direta ou indireta, por força do efeito vinculante, que a súmula ordinária não ostenta.

Outra questão diz respeito a vigência concomitante de súmula vinculante e lei posterior a esta, com conteúdo semântico diametralmente oposto, que pode gerar dúvidas quanto à aplicação ou não da lei por juízes, tribunais e pela Administração Pública, uma vez que o comando sumular vincula esses órgãos; e que a violação da súmula vinculante por um desses órgãos desafia a propositura de reclamação constitucional.

Quanto à contradição semântica entre súmula ordinária do STF e lei posterior, não há dúvida quanto à aplicação da lei, ao menos pela Administração Pública, que não sofre irradiação da eficácia *erga omnes*, provocada pela súmula ordinária (gerada a partir de julgado em recurso extraordinário com repercussão geral), e tem como princípio a subordinação do administrador à lei (princípio da legalidade estrita, art., 37, *caput* da Constituição da República), razão pela qual não pode a Administração Pública fazer controle da constitucionalidade de leis⁷⁷⁶.

Convém salientar que é o julgamento do incidente de inconstitucionalidade o objeto do enunciado sumular vinculante (ou ordinário), independentemente do dispositivo da decisão-piloto, que deu origem a súmula. Eficácia transcendente e efeito vinculante são institutos distintos da coisa julgada. Eficácia transcendente tem a ver com os efeitos subjetivos da *ratio decidendi*⁷⁷⁷; efeito vinculante diz respeito aos efeitos objetivos da

⁷⁷⁶ Em sentido contrário, cf. Georges Abboud: “De acordo com o que salientamos, no Estado Constitucional, a legalidade não pode ser entendida, tão somente, como a conformação – adequação do ato administrativo à ‘letra’ da lei. [...]... uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade”. (ABBOUD, cit., p. 417).

⁷⁷⁷ “Destarte, a qualidade da decisão do Supremo, no controle abstrato de constitucionalidade, é de atingir a todos em relação ao dever de respeitabilidade e acatamento da decisão. Aqui, se estão a vincular os cidadãos ao que fora decidido pela Corte, mas não a ponto de tornar a decisão imutável, pois distinto do instituto da *res iudicata*”. (THAMAY, cit., p. 213).

*ratio decidendi*⁷⁷⁸; e coisa julgada é a qualidade de imutabilidade que se agrega ao dispositivo (*decisum*) das decisões de mérito, transitadas em julgado.

⁷⁷⁸ “... se o efeito vinculante é essa qualidade que atinge os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, para lhes fazer respeitar o dispositivo e a fundamentação do julgado que fazem parte do limite objetivo da decisão, pode-se, naturalmente, concluir que se trata de instituto totalmente diferente a *res iudicata* que torna o conteúdo decisório imutável...” (**Idem**, p. 210).

IV Parte

II. O direito sumular vinculante brasileiro e o problema do limite entre o ativismo judicial e a afirmação da força normativa da Constituição

Preliminarmente, é necessário fazer a distinção entre ativismo judicial e afirmação da força normativa da Constituição; pois, em razão de ambos os fenômenos metajurídicos se revelarem na interpretação que se dá às normas constitucionais, pela jurisdição constitucional; há diferenças quase imperceptíveis entre ativismo judicial e afirmação da força normativa da constituição⁷⁷⁹.

O ativismo judicial decorre da mutação ilegítima do texto constitucional⁷⁸⁰, ao passo que a afirmação da força normativa da Constituição reivindica o robustecimento do sistema de precedentes na jurisdição constitucional, de forma a tornar obrigatória a observância das normas constitucionais vigentes⁷⁸¹.

A afirmação da força normativa da constituição se dá pela implementação de políticas públicas com o fito de se fazer cumprir as promessas constitucionais, notadamente as constantes do catálogo de direitos e garantias fundamentais, especialmente, os direitos econômicos, sociais e culturais⁷⁸².

⁷⁷⁹ “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes. A postura ali vista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, cit., p. 28).

⁷⁸⁰ “When a judge applies the law as set forth by the legislative power, she only has the power of interpreting the law, not the power of complimenting or modifying it through her interpretation”. (ORRANTIA, cit., p. 1164).

⁷⁸¹ “Por isso, da perspectiva de *Constituição no tempo*, a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação da sua identidade”. (HESSE, cit., p.14).

⁷⁸² “Uma dessas vias consiste em modificar o conteúdo das normas constitucionais, mantendo intacto o texto literal, isto é, mediante uma **mutação constitucional**. Isso se produz naquelas **cláusulas** em que a Constituição, e em concreto no **referente aos direitos fundamentais**, contém **normas abertas**, isto é, regras que, por sua **formulação generalista e linguisticamente esquemática** só mediante progressivas concreções podem ser levadas à prática”. (*Idem*, p. 14).

Na falha que há no tocante à implementação de políticas afirmativas, o Poder Judiciário até pode (ria)⁷⁸³, através da jurisdição constitucional difusa⁷⁸⁴, promover o cumprimento das promessas constitucionais, constantes na Ordem Social e na Ordem Econômica da Constituição e presentes nos direitos fundamentais de segunda geração, desde que o faça em processos concretos e que não tome para si as funções precípuas do Poder Legislativo e do Poder Executivo⁷⁸⁵.

No direito constitucional brasileiro, dois fenômenos, praticamente simultâneos, oriundos de julgados do STF contribuíram para afirmação da força normativa da Constituição: um deles foi a modulação dos efeitos dos julgados prolatados em sede de fiscalização abstrata (aprioristicamente) da constitucionalidade e o outro foi abstrativização do controle judicial concreto da constitucionalidade – sendo que este último guarda estreita relação com o objeto desta pesquisa. Esses dois fenômenos foram positivados, por via da atuação do Congresso Nacional, tanto como legislador ordinário quanto como Poder Constituinte derivado reformador.

A modulação de efeitos dos julgados proferidos em jurisdição constitucional apareceu na legislação infraconstitucional, na Lei 9.868/99 (Art. 27), lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e na Lei 9882/99, lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e nada tem a ver com o ativismo judicial do STF.

No que diz respeito à abstrativização da jurisdição constitucional concreta, tem-se que o efeito vinculante e a eficácia para todos foram positivados com o advento da Emenda Constitucional n.45, conhecida como Reforma do Judiciário. Entretanto, o constituinte reformador ao tentar sepultar as dúvidas acerca do efeito vinculante das

⁷⁸³ “Com o aperfeiçoamento dos regimes constitucionais, e a afirmação do princípio da supremacia da Constituição, emerge a garantia jurisdicional como forma de obstar à perversão da lei pelo poder legislativo. Os tribunais voltam de novo a ser encarados como ‘guardiões’ da Constituição e dos Direitos Fundamentais”. (QUEIROZ, **Justiça Constitucional**, cit., p.12).

⁷⁸⁴ “Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões”. (VIEIRA, José Ribas, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, e, SILVA, Alexandre Garrido. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial**. In: **Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos**. São Paulo: Arcos, 2009, p. 44).

⁷⁸⁵ “Quando aos juízes constitucionais se opõem a uma decisão política contida numa norma com base em critérios, motivações ou raciocínios políticos, ainda que juridicamente – em regra, principalmente – fundamentados; ao fazê-lo estarão a criar uma orientação política autônoma e alternativa a dos governantes. O fenômeno será tanto mais visível quanto mais se verificar o recurso, por parte dos juízes, a princípios constitucionais expressos, mas vagos e indeterminados, ou a princípios implícitos do texto constitucional. (...) Resta dizer que o uso de tais princípios, na medida em que permite uma concretização e formação dos mesmos, faz dos juízes constitucionais não apenas colegisladores – porque produzem ou corrigem normas legais –, mas, do mesmo modo, coconstituintes – porque, precisamente, formatam esses princípios de acordo com suas ideias e precompreensões”. (URBANO, cit., p. 140/141).

decisões prolatadas pelo STF em sede de controle difuso, instituiu o direito sumular vinculante, na tentativa de conceder ao Tribunal o poder de editar súmula com efeito “similar” ao dos julgados nas ações do controle abstrato, acabando por conferir poderes normativos prescritivos ao STF⁷⁸⁶, típicos da atividade legiferante estrito senso⁷⁸⁷, o que muito difere da juridicização da abstrativização do controle judicial concreto⁷⁸⁸.

Ainda, na Emenda Constitucional n. 45/2004, o constituinte reformador instituiu a cláusula de repercussão geral, uma espécie de filtro para o conhecimento dos recursos extraordinários pelo STF. E mais, como a repercussão geral exige a aferição prévia dos critérios de relevância e transcendência para se interpor o recurso extraordinário, a mesma foi gestada com natureza híbrida de condição de procedibilidade recursal (critério da relevância) e de fundamento para que os julgados dos recursos extraordinários tivessem eficácia transcendente (critério da transcendência).

No que tange à a disciplina infralegal da abstrativização do controle concreto, foi inserido no CPC de 1973 (revogado) o art. 543-A, regulamentando a repercussão geral nos recursos extraordinários, como fator preponderante para o fortalecimento dos precedentes oriundos das decisões do STF, proferidas em sede recurso extraordinário e das decisões, prolatadas em recurso extraordinários repetitivos. Mais recentemente, o Código de 2015 apontou no mesmo sentido das reformas pontuais do Código revogado, notadamente nos incisos III e IV do art. 927 e no §11 do art. 1035⁷⁸⁹.

Desta feita, não se pode olvidar que a adoção da doutrina do *stare decisis* pelo direito constitucional brasileiro, em modelo similar ao modal norte-americano, não é uma construção do Poder Judiciário apenas, mas sim uma opção política do Estado brasileiro, eis que o sistema de precedentes judiciais foi construído sobretudo por atuação do Poder

⁷⁸⁶ “Mas também se reconhecerá, por outro lado, que essa criação jurisdicional do direito não pode ser sem mais fundamento para atribuir à função judicial um qualquer poder formal de criação jurídica, especialmente pelo modo da prescrição normativa abstracta ou pelo modo da função legislativa. Os dois modos de criação do direito, o modo jurisdicional e o modo prescritivo, são essencialmente distintos, e distintos não só na forma, mas ainda nos respectivos sentidos (ou fundamentos) e *telos* normativo-jurídicos...” (CASTANHEIRA NEVES, cit, p. 404/405).

⁷⁸⁷ “Ao suprimir-se a formulação final do art. 8º, proposto pela 6º Comissão no seu parecer – em que se enunciava que o Supremo Tribunal de Justiça ‘tem competência para proceder a uniformização da jurisprudência’ –, que se obstar a que através de *assentos* aquele Supremo Tribunal exercesse uma função legislativa – embora já não se excluíssem quaisquer outras formas (não-legislativas) de conseguir a uniformização da jurisprudência que a lei pudesse estabelecer”. (*Idem*, p. 409).

⁷⁸⁸ Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni: “Em sistemas como o brasileiro, é inevitável ter um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória. O sistema de súmulas vinculantes, instituído pela EC 45/2004, constitui sinal claro neste sentido...” (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 929).

⁷⁸⁹ “De toda forma, a indicação do legislador é clara e aponta no sentido de uma desejável vinculação lógica dos juízos inferiores às decisões da Suprema Corte – vinculação fundada em um imperativo de racionalidade e isonomia, sem prejuízo de se admitirem exceções diante de motivos relevantes, devidamente demonstrados –, embora não seja possível dizer que tenha sido estabelecido uma vinculação jurídica formal” (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 146).

Legislativo, seja por meio de legislação ordinária, seja por meio de emenda constitucional⁷⁹⁰.

No tocante aos efeitos e eficácia das decisões judiciais do controle abstrato da constitucionalidade, já se afirmou nesta pesquisa que essas decisões, prolatadas pelo STF, sempre tiveram eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mesmo antes do efeito vinculante e da eficácia transcendente terem sido positivados com o advento da ação declaratória de constitucionalidade.

Isso porque a improcedência do pedido formulado em uma ação direta de inconstitucionalidade genérica sempre teve o condão de pôr fim a controvérsia constitucional sobre a validade da norma infraconstitucional primária, atacada na ação, declarando-a constitucional. Com efeito, a violação de uma decisão final, prolatada pelo STF, em sede de controle abstrato, perpetrada por qualquer juízo do país, sempre foi passível de cassação, por via de reclamação constitucional, nos termos da redação original da Constituição da República de 1988 (Art. 102, I, '1').

Da mesma forma, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese, como consequência da procedência do pedido formulado em uma ação direta de inconstitucionalidade genérica, julgada pelo STF, sempre implicou no expurgo (“revogação”) da norma infraconstitucional primária do ordenamento jurídico, nos tempos em que se aplicava no Tribunal a tradicional doutrina da nulidade da lei declarada inconstitucional. Isso antes mesmo do direito constitucional brasileiro adotar a doutrina da modulação dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional.

Portanto, o que há de recente em termos de efeito e eficácia das decisões, proferidas em sede de jurisdição constitucional, tem a ver a abstrativização/fiscalização judicial concreta da constitucionalidade, fenômeno que é contemporâneo à modulação dos efeitos das decisões judiciais no controle da constitucionalidade. E ambos os fenômenos guardam contemporaneidade também com a afirmação da força normativa da Constituição, e sua degeneração, que é o ativismo judicial⁷⁹¹.

Já se disse, reiteradas vezes neste trabalho, que a democracia não se confunde com governo da maioria, eis que democracia é governo de todos, da maioria e das minorias⁷⁹²,

⁷⁹⁰ “Segundo Cappelletti, o *stare decisis* acaba conferindo à decisão de inconstitucionalidade da lei, ainda que indiretamente, eficácia *erga omnes*. Fala-se, nesse sentido, numa verdadeira transformação da decisão, que seria simples *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidade com eficácia restrita ao caso concreto em pronunciamento dotado de eficácia *erga omnes* (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de inconstitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 61)”. (MARINONI, in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 929).

⁷⁹¹ “A questão dos limites da mutação constitucional não é respondida de modo explícito. [...]. Se, portanto, e segundo a tese central, normatividade e normalidade estão ligadas uma na outra em correlativa coordenação e acima de qualquer ‘tensão’, então a normalidade social não pode ignorar por completo a normatividade da Constituição, porque de outro restaria eliminado um dos elementos dessa relação de coordenação. [...]. A mutação constitucional encontra seu limite na normatividade da Constituição. (HESSE, **Limites da mutação constitucional**, p. 164).

⁷⁹² “A tarefa da Constituição escrita em uma Comunidade plural consiste não só em ser uma ordem para o exercício do poder por aqueles que o detêm como também em ser uma ordem para todos, inclusive para

e que a majoritariedade (afeita à maioria) é tão somente técnica constitucional de decidibilidade política nas democracias, daí por que a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, quando do exercício da jurisdição constitucional, é tão legítima quanto a função de precípua de produção normativa do Poder Legislativo⁷⁹³.

E se a fiscalização judicial da constitucionalidade se constitui em um mecanismo pelo qual se faz a defesa da Constituição, e sendo esta constituição, uma constituição democrática; então, ainda que a fiscalização judicial da constitucionalidade se dê em caráter contramajoritário, este poder/dever acaba por defender a democracia, já que é dever de uma sociedade democrática politicamente organizada (Estado democrático de direito constitucional) preservar os direitos das minorias, em face da ação (algumas vezes) não democrática das maiorias parlamentares. É que democracia não é o mesmo que tirania da maioria⁷⁹⁴.

Entretanto, nem o STF e nem qualquer outro órgão jurisdicional do país podem se arvorar do poder/dever de reforma constitucional⁷⁹⁵, a pretexto de afirmar a força normativa da Constituição, o que não raro ocorre sob o argumento absurdo de que cabe à jurisdição constitucional a prerrogativa de interpretar a vontade popular⁷⁹⁶; e sob o argumento de que, ainda que a magistratura não seja eleita, os juízes de maneira geral representam o povo, nas democracias representativas.

Ora, a principal característica da *judicial review* está no atuar do Poder Judiciário como legislador negativo, exatamente porque os membros da magistratura não são eleitos, e a eles é conferido o poder/dever de controlar (ou não) os atos normativos dos agentes políticos eleitos, estes sim imbuídos do mister de interpretar a vontade popular, posto que são representantes do povo.

Defender a Constituição na atividade judicante é reprimir a violação do texto constitucional por quem legisla, e não chamar para si um poder que não lhe foi conferido, o de legislar. Pois, o liame entre a legítima afirmação da força normativa da Constituição e a sua degeneração, que é o ativismo judicial, é tênue. E a aludida degeneração se dá na atuação proativa da jurisdição constitucional, sem a observância necessária da

os estão em oposição aos grupos dominantes. Entre o cumprimento dessa tarefa e o caráter vinculante do texto existe um nexu indissolúvel que fica destruído quando se reduz a Constituição à função de instrumento de dominação". (*Idem*, p. 162).

⁷⁹³ "Dentre os cânones seguidos na *judicial review*, ressaltam os que apontam para uma presunção de constitucionalidade das normas sindicadas; para interpretação conforme à Constituição; para a não oficiosidade; e para a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal se eximir de uma pronúncia, devolvendo-a para instâncias federais inferiores". (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional: Tomo I. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade**, cit., p. 282).

⁷⁹⁴ Cf.: HESSE, A força normativa da Constituição, cit., p. 139/140.

⁷⁹⁵ "Com efeito, os juízes já não se limitam a recusar ou destruir uma norma ou a enxortar e influenciar ou direcionar a futura atividade do legislador. Agora, no mínimo corrigem direito existente, no máximo criam ou produzem novo direito (nos casos de inercia do legislador ordinário), afrontando o legítimo titular do poder legislativo e afrontando suas funções". (URBANO, cit., p. 107).

⁷⁹⁶ "Kelsen sería mui claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular..." (SEGADO, cit., p. 26).

razoabilidade⁷⁹⁷ e da proporcionalidade⁷⁹⁸, a comprometer o princípio democrático e o princípio da tripartição dos Poderes.

É dizer, ao pretender implementar políticas públicas, por meio da jurisdição constitucional, nas hipóteses de omissão inconstitucional, perpetrada pelo Legislativo, salvo raríssimas exceções, tais como as defesas da dignidade humana, do direito à vida e a proteção às liberdades públicas, o Poder Judiciário traz para si a atividade política *strictu sensu*⁷⁹⁹. É o intolerável “governo dos juízes”, que não raro degradingola na “tragédia dos comuns”⁸⁰⁰.

E é no atuar proativo do STF, chancelado pela Emenda Constitucional n. 45, que o direito sumular vinculante se revela inconstitucional⁸⁰¹. É que, ao contrário do

⁷⁹⁷ “No Direito Brasileiro, a técnica da verificação da razoabilidade pode ser admitida como presente no Texto Constitucional sob duas óticas diversas. Abrem-se, assim, duas construções admissíveis. Primeiramente, e como decorrência da doutrina alemã, pode-se considerar o ‘princípio da razoabilidade’ como implícito no sistema, revelando-se assim como ‘princípio’ constitucional não escrito. Por outro lado, poder-se-ia, já agora sob a inspiração direta da doutrina norte-americana, extai-lo da cláusula do devido processo legal, mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo a dita cláusula”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 3. ed., 2002, p. 235/236).

⁷⁹⁸ “O princípio da proporcionalidade [...] desdobrasse em três aspectos, a saber: *proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade*. [...]. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprovasse a exigibilidade do meio quando este se mostra como ‘o mais suave’ dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que por ventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, como o mínimo de desrespeito de outros, que a ele se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do ‘mínimo’ em que todos devem ser respeitados”. (AGUIAR FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2. ed., 2002, p. 61/61).

⁷⁹⁹ “Em relação ao primeiro fator, que abordaremos de forma brevíssima, diríamos que os juízes constitucionais procuram hoje um protagonismo que pode ser justificado de uma dupla perspectiva. De um ponto de vista objetivo, esse protagonismo é expressão da própria ampliação e valorização da função e do poder judiciais, em parte motivada e explicada pela expansão de outros poderes (legislativo e executivo). Acresce a isso a necessidade que os juízes constitucionais sentem de dar solução à disfunção desses dois poderes, em particular a incapacidade do legislativo para regular ou regular em tempo útil certas questões importantes para comunidade, realidade mais patente em certos países como o Brasil. De um ponto de vista subjetivo, este protagonismo pode corresponder a fins puramente egoístas (v.g., ascensão social) ou pode ser sintomático de uma verdadeira “saída do armário” dos juízes constitucionais, assumindo estes publicamente a sua condição de agentes políticos – aos quais cabe, portanto, desempenhar um papel ativo na arena política, ombreando com os decisores políticos tradicionais (o legislador e o executivo, Governo e/ou presidente da República)”. (URBANO, cit., p117).

⁸⁰⁰ Cf.: HARDIN, Garret. **A tragédia dos comuns**. In: edisciplinas.usp.br. Acesso em 07/10/2020.

⁸⁰¹ “Quanto à Súmula Vinculante 13, sobre a vedação ao nepotismo nos três Poderes do Estado, apenas o julgamento da ADC 12/MC houve discussão sobre a extensão do concenito de parentesco até terceiro grau, o e âmbito de aplicação da norma, cuja constitucionalidade se busca declarar era somente o Poder Judiciário. Os debates acerca desse enunciado, guardaram grande fidelidade ao que foi decidido quanto à Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, nessa oportunidade. O que questiono é se com base em uma resolução do CNJ, que se destina ao Poder Judiciário, poderia o STF descer a tantos detalhes no enunciado, fixando parentesco ‘até terceiro grau’ não só para o Judiciário, mas também para o Poderes Executivo e Legislativo”. (JUNQUEIRA, Maria Olivia Persone. **A construção da súmula vinculante pelo**

precedente firmado em um julgado de um recurso extraordinário com repercussão geral, o direito sumular vinculante traz ínsito em sua origem a prerrogativa de o STF editar súmula, com alto grau de vagueza e abstração, e pró-futuro, desvirtuando o sistema de precedentes (que se ocupa de um caso concreto [*case law*] e que faz o interprete voltar para o passado), concebido pela processualística jurídica, ao encampar atividade similar à produção legiferante⁸⁰².

Eis por que é na sistemática da edição de súmulas vinculantes que reside um risco maior de que a força normativa da Constituição seja degenerada em ativismo judicial, sob pretexto de se consolidar a “interpretação” constitucional, pelo STF⁸⁰³.

A jurisdição constitucional deve guardar, tanto quanto possível, características de atividade legislativa negativa⁸⁰⁴, para evitar que se modifique a Constituição arbitrariamente, usurpando a função (poder/dever) de reforma constitucional, que o constituinte ordinário outorgou ao Parlamento⁸⁰⁵. Mais bizarro ainda é quando a atuação criativa da jurisdição constitucional altera a Constituição, para diminuir o alcance de direitos fundamentais, ou até mesmo para negar a incidência desses direitos.

Isso é consequência da heterodoxia constitucional, pois o fundamento que se utiliza para o atuar proativo do STF, no sentido de afirmar a força normativa do Constituição, também será o fundamento para retirar da Constituição a sua força normativa. Eis por que a ortodoxia constitucional da jurisdição constitucional vai ao

STF: impressões sobre as primeiras experiências. In: VOJVODIC (e outros organizadora), **Jurisdição constitucional no Brasil**, cit., p. 218).

⁸⁰² “A despeito dos limites semânticos da Constituição. Tem se difundido em recurso teórico-metodológico espúrio: o pamprincipiologismo, que fundamentaria tudo que o intérprete quisesse. Diz-se qualquer coisa sobre qualquer coisa”. (STRECK, Lenio. **O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das “famílias paralelas”**. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**/ vol. 1 / 2004 / p. 151-160 / Out-Dez/2014 DRT/2014/19845, p. 155).

⁸⁰³ “Situações em que os juízes criam ou editam normas gerais, ocupando por vezes espaços vazios deixados pelo legislador, habitualmente invocando que apenas estão a desenvolver o tecido constitucional, em particular através da concretização de princípios gerais aí encrstrados. Neste último caso, a criação de direito assume claramente afeição de legislação judicial, configurando as decioes judiciais fontes primárias de direito”. (URBANO, cit., p. 106/107).

⁸⁰⁴ “... al delinear su teoría de la **Verfassungsgerichtsbarkeit**, que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de meras operaciones logico-silogiísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en la teorías jurídicas de la ‘Escuela libre del Derecho’ y de la ‘comunidad del pueblo’...”. (SEGADO, cit., p.48).

⁸⁰⁵ “No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retratação do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a Corte Suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas, tal como identificado o fenômeno em tópico anterior”. (BARROSO, Luís Roberto. **Democracia, Constituição e supremacia judicial: direito e política do debate contemporâneo**. In: **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – 2012, p. 439).

encontro da segurança jurídica numa sociedade-política, organizada de forma democrática, rechaçando o que se convencionou chamar de “decisionismo”⁸⁰⁶.

Não se está negando aqui toda e qualquer mutação constitucional, que ocorre por via interpretativa, decorrente da atividade jurisdicional de natureza constitucional, uma vez que a jurisprudência deve acompanhar a dinâmica social, cultural e econômica da sociedade, mormente a jurisprudência constitucional⁸⁰⁷. Porém, já se firmou o entendimento neste trabalho de que não é legítima a mutação constitucional, segundo a qual o texto, modificado pela interpretação, passe a ter sentido diametralmente oposto ao do texto que consta da norma constitucional positiva. Eis o motivo da mutação constitucional só poder operar em normas de larga abstração e vagueza, e de pouco conteúdo normativo cogente, sob pena de ser ilegítima a mutação.

Acrescente-se que também é ilegítima a mutação que ofenda cláusula pétrea da Constituição da República. No caso brasileiro, as cláusulas pétreas são o federalismo, a separação do Poderes, o regime democrático, e os direitos e garantias individuais (Art. 60, § 4º da Constituição da República)⁸⁰⁸. Não pode haver mutação de texto constitucional, que incida sobre norma gravada pelo Poder Constituinte originário com cláusula de imutabilidade, até por não poder haver nem mesmo emenda constitucional, para modificar o que foi imutabilizado pelo Poder Constituinte originário⁸⁰⁹.

A adoção da doutrina do *stare decisis* pelo direito brasileiro não é uma carta em branco para o STF poder livremente dispor sobre a Constituição da República⁸¹⁰. Até

⁸⁰⁶ “Tudo sem mencionar a mudança jurisprudencial de mandado de injunção e o progressivo questionamento que se vem fazendo, no âmbito da própria Corte, acerca da jurisprudência tradicional de que o STF somente possa funcionar como legislador negativo”. (*Idem*, p. 440).

⁸⁰⁷ “A teoria da Constituição, elaborada com base na Lei Fundamental, tem dado pouca atenção ao fenômeno da mutação constitucional. A possibilidade de uma mutação constitucional é admitida de forma absolutamente majoritária; e, veja-se bem, ou não oferece explicação alguma para esse fenômeno, ou só o faz de modo bastante sumário, quer seja com as teses de que a ‘dinâmica íntera’ e a ‘historicidade’ da Constituição é que provocam as mutações constitucionais, que a vontade da Constituição não é algo imutável, mas uma vontade estável cambiante, de tal modo que diante de mudanças das circunstâncias cabe apresentar novas interpretações, ou que, afinal, determinadas alterações da realidade constitucional poderiam modificar o significado de certos preceitos da Constituição escrita”. (HESSE, *Limites da mutação constitucional*, p. 147/148).

⁸⁰⁸ “Ao formular tais considerações **eu tenho em mente a idéia de um Estado de direito que separa os poderes e que apóia sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição capazes de garantir a imparcialidade**. O resultado obtido até agora resume-se a uma medida crítica para a análise da realidade constitucional. Quando confrontada com uma realidade que não lhe corresponde nem mesmo em termos abstratos, tal ideia não passa de uma exigência impotente. Após o colapso do direito racional, a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura suabtraída a intervenções conígnentes”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade, vl II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246). **Obs: original sem grifos**.

⁸⁰⁹ “Falta qualquer resposta para a questão de se existe limites para uma mudança desse tipo e onde, eventualmente cabe situá-los. [...]. Não se empreenderam, ao que sabemos, outras tentativas de fixação de limites, em característico contraste como o problema dos limites da reforma constitucional, que mereceu amplo tratamento”. (HESSE, *Limites da mutação constitucional*, p. 148).

⁸¹⁰ “Algumas doutrinas sustentam que isso “é fazer teoria crítica” (tal qual o neoconstitucionalismo à brasileira)”. (STRECK, **O ativismo, o justo e o legal**, cit., p. 157).

porque, onde há constituição analítica, mais difícil é a tarefa de modificá-la, por meio da atuação da jurisdição constitucional⁸¹¹. É que, ao contrário das constituições sintéticas, como a dos EUA, as normas constitucionais de uma constituição analítica têm menos vagueza e abstração, e tem uma carga maior de observância obrigatória, a dificultar o processo de mutação constitucional⁸¹².

Cogitou-se sobre as técnicas de modulação dos efeitos dos julgados da jurisdição constitucional serem fatores, que contribuíram para o ativismo judicial, por conta da técnica de interpretação conforme a Constituição. Contudo, em nenhuma das técnicas de julgamento inerentes a jurisdição constitucional, nem mesmo na hipótese de interpretação conforme a Constituição, há espaço para mutação constitucional de cunho ativista, ao menos não há em tese, senão vejamos.

Na declaração de inconstitucionalidade da lei com pronúncia de nulidade, a norma constitucional paradigmática permanece intacta. O mesmo acontece com a declaração de inconstitucionalidade da lei, sem pronúncia de nulidade e com redução de texto, posto que o texto que se reduz é o da norma sindicada (da lei formal ou material), remanescendo o conteúdo da lei que não colida com a Constituição, que remanesce íntegra. Tal situação volta a ocorrer com a norma infraconstitucional primária declarada constitucional, em trânsito para inconstitucionalidade⁸¹³, posto o que há um “apelo ao legislador”⁸¹⁴, para que ele (o legislador) adapte a lei ao texto constitucional, em prazo ou circunstâncias apontadas pelo Tribunal, permanecendo intacta a norma constitucional paradigmática.

Com efeito, na interpretação da lei conforme a constituição, que se assemelha à técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sem redução de texto⁸¹⁵, ao modular o efeitos da decisão da jurisdição constitucional, não se autoriza

⁸¹¹ “Quando muito pressupõe que a natureza das decisões previstas não seja legislativa, mas nao fica assim eliminado nem se faz impossível que efectivamente – é, nos termos do regime institucional realmente prescrito para as decisões com aquela força vinculante – essa natureza venha a verificar-se ou se tenha de reconhecer”. (CASTANHEIRA NEVES, cit., p. 411).

⁸¹² “O texto contém, acima de uma maior ou de uma menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesse e pré-compreensões opostos, não cabe discussão”. (HESSE, **Limites da mutação constitucional**, p. 162).

⁸¹³ “A Corte Constitucional, neste caso, declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para inconstitucionalidade. Ou seja, a alteração das circunstâncias fáticas ou mesmo da compreensão do significado da Lei Fundamental pode implicar, para norma, o inserir-se num processo de inconstitucionalização”. (CLÈVE, cit., p. 174, nota 194).

⁸¹⁴ “No Direito Brasileiro, esta técnica decisória, que no Direito Alemão estaria inserida dentre as várias espécies do que lá se denomina *apelo ao legislador*, pode ser aceita, desde que a noram não seja plenamente inconstitucional, quer dizer, inconstitucional em todas as hipóteses interpretativas que comporta”. (BASTOS, **Hermenêutica e Interpretação constitucional**, cit., p. 289).

⁸¹⁵ “Repele-se, no entanto, a equiparação entre a decisão de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade por interpretação conformadora do legislativo impugnado e a decisão de procedência parcial para a declaração de sua inconstitucionalidade sem redução de texto. Na primeira hipótese, o órgão jurisdicional de controle, no *dispositivo* da decisão limita-se a declarar a inconstitucionalidade das cláusulas do ato impegnado, desde que interpretado de modo certo, abstenendo-se de decretar a inconstitucionalidade das variantes que se apresentam. [...]. Nesta hipótese, conforme ensina Gilmar Mendes (*Jurisdição Constitucional*, p. 275), lastreado na doutrina germânica constata-se ‘a

o interprete da Constituição (o STF) sequer a alterar o conteúdo da norma infraconstitucional, e com maior razão não se permite que o Tribunal modifique a norma constitucional paradigmática, cabendo à Corte somente apontar qual (ou quais) o (s) sentido (sentidos) da lei é (ou são) ou não compatível (compatíveis) com o texto constitucional⁸¹⁶.

Entretanto, a largueza da interpretação, no mau uso das técnicas de modulação de efeito das decisões da jurisdição constitucional, animada pela ideia da Constituição “viva” e do “neoconstitucionalismo”⁸¹⁷, aliada a adoção da doutrina do *stare decisis* no Brasil, deu azo a mutações constitucionais ilegítimas, as quais se convencionou chamar de ativismo judicial⁸¹⁸.

Reforça-se a ideia de que é difícil haver mutação em texto constitucional analítico, por conta da grande quantidade de normas cogentes. No entanto, o STF tem se esmerado em produzir inovações na Constituição do Brasil. Duas delas merecem destaque: a mitigação do foro por prerrogativa de função e a relativização do princípio da presunção de inocência. A primeira, que é mais recente, constitui uma verdadeira emenda à Constituição, posto que o Tribunal deu nova disciplina jurídica ao instituto em comento⁸¹⁹.

No que diz respeito a mutação da garantia de que “ninguém será considerado culpado, sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, decidida em sede de habeas corpus, o STF resolveu dar novo sentido à expressão “trânsito em julgado”, diminuindo o alcance de um garantia constitucional processual penal, com impacto no direito penal material, ao afirmar que o trânsito em julgado se dá quando não se pode mais impugnar o conteúdo probatório e nem a matéria fática, as quais fazem alusão um acórdão, pela via recursal, para permitir a execução provisória da pena, após uma condenação por órgão judicial de segunda instância (tribunais de apelação); em que pese

expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”. (RAMOS, cit., p. 271/272).

⁸¹⁶ “Isso quer dizer que, em alguns casos de mutação constitucional, mediante interpretação, o conteúdo da norma constitucional mesma pode mudar. Entretanto, em maioria, as mutações constitucionais, concretamente, as de maior peso são, assim como para Laband, mudanças da ‘situação constitucional’”. (HESSE, **Limites da mutação constitucional**, p. 156/157).

⁸¹⁷ “O positivismo que resiste ao neoconstitucionalismo assenta-se na ideia de que é possível reduzir toda a realidade jurídica ao direito positivo e a sua consequente aplicação (discricionária)”. (STRECK, **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 216).

⁸¹⁸ “O balanço é, não obstante, inequívoco: não há limites para a mutação constitucional e é impossível traçá-los. As mutações constitucionais são, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares dificilmente explicáveis e, em todo caso, irresistíveis e cuja a submissão ao direito seria um esforço inútil”. (HESSE, **Limites da mutação constitucional**, p. 154).

⁸¹⁹ “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e ii) Após o final da instrução processual, com publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo, ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. (In: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoAndamento.asp>).

seja a decisão condenatória recorrível, e mesmo que o condenado tenha tido admitido recursos interpostos por ele no STJ e/ou no próprio STF.

Aqui houve flagrante violação de garantia individual constitucional, perpetrada exatamente por quem tem o poder/dever de sua salvaguarda, o STF. Trata-se a presunção de inocência de uma garantia individual, que não pode sequer ser objeto nem de proposta de emenda constitucional, logo a mutação constitucional se revela mais ilegítima ainda⁸²⁰.

É que mesmo que este trabalho defenda que houve uma opção do Estado brasileiro pela adoção da doutrina do *stare decisis*, não se pode avalizar o uso abusivo dos precedentes pelo STF, porque estes foram fortalecidos para afirmar a força normativa da Constituição, e não para promover mutação ilegítima, contrária a cláusula pétrea e ao conteúdo semântico da norma modificada, o que acaba por enfraquecer a Constituição, em vez de afirmar sua força normativa⁸²¹.

De outro giro, e como forma de ilustrar a afirmação da força normativa da Constituição pelo STF, tome-se o caso da união estável homo afetiva⁸²², como exemplo. Aqui o Tribunal considerou inconstitucional qualquer lei ou ato administrativo que fizesse distinção de tratamento entre casais heterossexuais e casais homossexuais, com fundamento nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Neste julgado houve mutação constitucional legítima, porquanto o Tribunal interpretou a Constituição sistematicamente de forma a incluir um segmento minoritário da sociedade política brasileira, que estava tendo direitos civis e previdenciários negados, em manifesta afronta os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Não houve violação a cláusula pétrea porque o STF não legislou no lugar do Congresso Nacional, ao contrário, o Tribunal agiu como legislador negativo, ao considerar inconstitucional normas legais que fizessem a distinção afrontosa ao texto constitucional, relativamente às entidades familiares, constituídas por casais heterossexuais ou por casais homossexuais.

⁸²⁰ Ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, o Pleno do STF reviu esta posição. “[...] a Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar, para em execução de título penal condenatório precluso na via da recorribilidade, prender”. Relator Min. Marco Aurélio. Cf.: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20191108_245.pdf (Publicado em 08 de 11 de 2019).

⁸²¹ “A mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração ‘no interior’ da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja ‘mutação’ em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade”. (HESSE, **Limites da mutação constitucional**, p. 166).

⁸²² “Uma inconstitucionalidade por omissão. Inexistência de ‘ativismo judicial’ no reconhecimento do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Alternativamente: constitucionalidade de supressão de lacunas inconstitucionais mediante ‘práticas de ativismo judicial’ concretizadora dos princípios constitucionais (Cf. Ministro Celso de Mello). STF, ADPF 132 e ADI 4277”. (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 254).

Houve mutação constitucional sim, pois o Tribunal deu nova roupagem à norma constitucional, que disciplinava a união estável “entre homem e mulher”, ao entender que a expressão “homem e mulher” somente poderiam ser interpretadas sem o alijamento dos casais do mesmo sexo, de forma a harmonizar a norma constitucional paradigmática com os princípios constitucionais fundamentais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, no uso da técnica de interpretação sistemática da Constituição, pelo que estes princípios não poderiam deixar de servir de paradigma para o julgamento da questão⁸²³.

Para o STF, “homem e mulher” não significa homem com mulher. É dizer, a união estável se dá entre pessoas humanas, independentemente do sexo delas, o que se coaduna também com a proibição da discriminação em razão do sexo (gênero), na qual se enquadra a proibição de discriminação em razão de orientação (ou condição) sexual. Neste caso, o Tribunal aprofundou direitos dotados de fundamentalidade, tendo laborado no sentido de afirmar a força normativa da Constituição.

Assim, feita a devida distinção entre a afirmação da força normativa da Constituição, que é legítima, e o ativismo judicial, que significa a degeneração da atuação proativa da jurisdição constitucional; tem-se que não se repele a interpretação evolutiva do texto constitucional pelo STF; mas sim as mutações constitucionais ilegítimas, que; ou se dão em afronta a conteúdo literal de dispositivos constitucionais postos; ou se dão em violação às cláusulas pétreas da Constituição, que se não podem ser objeto de reforma constitucional formal (emendas constitucionais), jamais poderiam sofrer mutação, pela via interpretativa.

⁸²³ “Negar a possibilidade de uma entidade familiar homossexual e de uma união estável homossexual, [...]. É entender que todas as famílias são livres e iguais, mas algumas são mais livres e iguais que outras”. (MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial (ou “ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição”)**). Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554> (Publicado em 07 out. 2009; último acesso em 07 out. 2020).

12. Súmula vinculante e vinculação do legislador (?)

É cediço que a vinculação do legislador seja vedada pelo regime constitucional atinente à súmula vinculante, em face do silêncio eloquente da Constituição da República, que, ao dispor sobre o alcance do efeito vinculante da súmula, previu que esta alcançaria somente o Poder Judiciário e a Administração Pública (Art. 103-A da Constituição da República). Assim como nunca foi aventada a vinculação do legislador em sede de fiscalização judicial concentrada da constitucionalidade, uma vez que o parágrafo 2º do Art. 102 da Constituição da República prevê também efeito vinculante somente para os demais órgãos do Poder Judiciário, e para a Administração Pública, direta ou indireta.

Na medida em que se deu o fenômeno da abstrativização do controle judicial concreto da constitucionalidade no Brasil, por força de criação da jurisprudência do STF, aprioristicamente; e por força de produção legislativa do Congresso Nacional, posteriormente, por emenda constitucional e por lei; e os dois métodos de fiscalização judicial da constitucionalidade aproximaram-se, quanto aos efeitos das decisões finais do Tribunal; tornou-se possível especular que o direito sumular vinculante também pudesse vincular o legislador.

Isso porque, em sede de competência recursal extraordinária, a decisão do STF passou a gozar de eficácia transcendente automática, desde o advento da cláusula de repercussão geral, para o conhecimento do recurso extraordinário. E porque, as decisões do STF, em incidente de constitucionalidade, julgados nas hipóteses de competência originária – desafeta das ações do controle abstrato/concentrado – e de competência recursal ordinária do Tribunal, podem ser objeto de súmula vinculante, a partir do que passarão a ostentar eficácia transcendente e efeito vinculante.

Saliente-se que as decisões proferidas pelo STF, em sede de competência para julgar ações do controle concentrado, sempre foram revestidas de eficácia transcendente e efeito vinculante, antes mesmo da EC n. 3/93⁸²⁴. Daí por que, tem-se que, com a abstrativização do controle judicial concreto da constitucionalidade, as duas modalidades de fiscalização constitucional aproximaram-se quanto aos efeitos de suas decisões.

Não significa dizer que a súmula vinculante tenha o condão de revogar norma infraconstitucional primária, como ocorre com a declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo STF, em sede de controle abstrato/concentrado. A consequência da edição de súmula vinculante, a partir de inúmeras declarações de inconstitucionalidade de uma

⁸²⁴ No sentido do texto, Ives Granda Martins e Gilmar Ferreira Mendes, ao comentarem o art. 28 da Lei 9.868/99: “Observe-se, ademais, que se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado a própria natureza da jurisdição constitucional, em dado Estado democrático, e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela corte”. (MARTINS e MENDES, **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, cit., p. 604).

lei, pelo STF em processos concretos, é a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ao conteúdo do que foi sumulado⁸²⁵.

Só há afeito revogatório de norma infraconstitucional primária, na hipótese procedência de pedido formulado em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Nem mesmo o Senador, no uso da prerrogativa do art. 52, X, revoga lei. O que se dá aí a suspensão da eficácia de lei que continua vigendo, porém, sem produzir efeito.

Diante disso, o cerne desta investigação deve se concentrar na aproximação entre os dois métodos de controle judicial adotados no Brasil, quanto aos efeitos das decisões do STF, mormente no que tange à súmula vinculante⁸²⁶, uma vez que a repercussão geral não tem o condão de gerar efeito vinculante, relativamente aos julgados prolatados em recurso extraordinário⁸²⁷.

É dizer, apenas as decisões do controle concentrado e as decisões do controle difuso, que tiverem sido objeto de verbete sumular vinculante, produzem efeito obrigatório para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública.

O STF ficou fora da irradiação do efeito vinculante da súmula, em tese, já que o tribunal pode suprimir e modificar uma súmula vinculante. Registe-se, por oportuno, que, desde a promulgação da Constituição de 1988, o STF sempre pôde mudar um entendimento seu, expressado em sede de controle abstrato. Eis o motivo de se defender na doutrina que as ações do controle concentrado de constitucionalidade não fazem coisa julgada⁸²⁸.

Contudo, enquanto não for mudado um entendimento extraído de uma decisão judicial proferida em sede de controle judicial abstrato da constitucionalidade, os órgãos fracionários e os ministros do STF estão sujeitos ao efeito vinculante dessa decisão. O mesmo se dá relativamente ao direito sumular vinculante, mesmo porque para edição de verbete sumular vinculante, é necessário o voto de dois terços dos membros do Tribunal,

⁸²⁵ “Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade”. (MENDES e BRANCO, cit., p. 1118).

⁸²⁶ “A súmula com efeito vinculante promove a aproximação entre o controle difuso, instaurado pela via de exceção, dado que a súmula traduz reiteradas decisões acerca da matéria constitucional, e o controle concentrado, instituído pela via de ação direta, eis que o efeito vinculante transcende as controvérsias atuais e entre órgãos judiciários e administrativos ou organismos judiciais entre si, que motivaram a jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal” (PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 11. ed., 2019, p. 595).

⁸²⁷ “O efeito *erga omnes* não vincula os particulares, tal vinculação é proveniente do efeito vinculante (CF/1988, art. 102, § 2.º). Além disso, também não retira o texto normativo do mundo jurídico. A retirada de determinada lei do mundo jurídico ocorre em razão da eficácia declaratória da coisa julgada material operada nas sentenças de total rejeição que declaram a inconstitucionalidade e a nulidade de toda a lei ou parte dela”. (ABBOUD, cit., p. 135/136).

⁸²⁸ “Diferentemente é o controle abstrato, no qual há tutela do direito objetivo, não existindo partes, lide e outros tantos elementos que adaptam ao feito a condição de receber a *res iudacta*”. (THAMAY, cit., p. 260).

com o que, nem mesmo o plenário do STF pode contrariar a súmula em questão, salvo se a revogar, para o que também será necessário votos dois terços de seus membros⁸²⁹.

Diferente é a irradiação dos efeitos de decisão do STF, caso a decisão seja revestida apenas de eficácia transcendente, hipótese na qual não são afetados nem os ministros (membros) e nem tampouco os órgãos fracionários do próprio Tribunal, o que ocorre quando o Tribunal julga um recurso extraordinário com repercussão geral, por exemplo.

Com efeito, o sistema misto de controle jurisdicional da constitucionalidade no Brasil, até ter se dado a abstrativização do método concreto, tinha no método abstrato/concentrado de fiscalização judicial da constitucionalidade, o único capaz de produzir decisões da jurisdição constitucional com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, de forma automática. No método difuso de jurisdição constitucional, isso só era possível mediante atuação do Senado Federal.

Lembre-se que, mesmo antes do advento do controle concentrado da constitucionalidade no Brasil, o direito constitucional brasileiro teria adaptado do Reino Unido – onde Câmara do Lordes (Câmara Alta), através de uma de suas câmaras (até a Reforma de 2010), tinha a competência para consolidar o *stare decisis* no direito britânico –, um mecanismo para fazer transcender as decisões tomadas em sede de controle difuso (único método de jurisdição constitucional existente no Brasil, à época), ao atribuir ao Senado (Câmara Alta) a competência para suspender a execução de lei ou de ato público, declarado inconstitucional, pelo Poder Judiciário⁸³⁰.

Ou seja, a uma das Casas do Congresso Nacional, não por acaso a Casa da Federação⁸³¹, foi atribuída a prerrogativa de fazer transcender uma decisão do STF, proferida num processo concreto, em um aceno inequívoco à harmonia entre os Poderes e ao princípio federativo, já que a lei declarada inconstitucional poderia ou não ser uma lei da União Federal.

É certo que somente com o advento da Constituição de 1934, foi possível fazer transcender uma decisão final do STF, proferida na fiscalização judicial concreta da constitucionalidade, por meio da atuação do Senado Federal. Não é menos certo que, nas duas últimas décadas, por construção jurisprudencial do STF e por atuação legiferante (em sentido lato) do Congresso Nacional – ora como legislador ordinário, ora como constituinte reformador –, a eficácia transcendente e/ou o efeito vinculante puderam

⁸²⁹ “Afigura-se inegável que, tendo em vista a própria formalidade do processo de aprovação e edição de súmula, o Tribunal não poderá afastar-se da orientação sumulada sem uma decisão formal no sentido da superação do enunciado, eventualmente fixado”. (MENDES e BRANCO, cit., p. 1118).

⁸³⁰ “Art. 91. Compete ao Senado Federal: [...] IV- suspender a execução no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;” (**Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**).

⁸³¹ “Art. 89. O Senado Federal compor-se-á de dois representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos mediante sufrágio universal, igual e direto por oito anos, dentre brasileiros natos alistados eleitores e maiores de 35 anos”. (**Idem**).

decorrer das próprias decisões do STF, prolatadas em sede de fiscalização judicial concreta da constitucionalidade.

Importante registrar que o próprio STF admite a propositura de lei com conteúdo semântico idêntico à lei anterior, outrora declarada inconstitucional pelo Tribunal, no controle judicial abstrato/concentrado, pelo o que resta incontestado que o legislador não está vinculado nem mesmo às decisões de mérito advindas dessa modalidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade⁸³². Observe-se que, também em outros ordenamentos jurídicos, como o português⁸³³, há quem defenda na doutrina a não vinculação do conteúdo das decisões proferidas no controle abstrato/concentrado de constitucionalidade não é pacífica⁸³⁴.

Se o Congresso Nacional pode produzir lei, com conteúdo semântico idêntico a uma lei, declarada inconstitucional pelo STF, em sede de fiscalização judicial abstrato/concentrada, com maior razão poderá editar lei, com conteúdo semântico contrário a verbete sumular vinculante.

Porém, caso esta lei seja aplicada, pela Administração Pública ou por qualquer órgão do Poder Judiciário, exceto o STF, o ato nela fundamentado é passível de anulação ou de cassação, respectivamente, por via de reclamação constitucional, em respeito ao direito sumular vinculante (Art. 103-A, § 2º da Constituição da República)⁸³⁵.

O mesmo deve ocorrer quando da edição de norma infraconstitucional primária diversa de lei formal, inclusive se editada pelo Poder Executivo. Contudo, em ambas as hipóteses, não se admite o manejo de reclamação constitucional contra o ato normativo em si, porque tal providência judicial não pode ser tomada contra lei em tese, restando o manejo de ação direta de inconstitucionalidade (Art.102, I, 'a' da Constituição da República).

No entanto, em que pese seu conteúdo normativo, a súmula vinculante não tem natureza de norma paradigmática constitucional e, por isso, não pode servir de paradigma

⁸³² “Também o Supremo Tribunal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado (ADI 907, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ, 150: 726; ADIN 864, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 151: 416) Tanto é assim, que, nessas hipóteses, tem o Tribunal processado e julgado nova ação direta, entendendo legítima a propositura de uma nova ação direta de inconstitucionalidade”. (MARTINS e MENDES, **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, cit., p. 595).

⁸³³ “Face à declaração de inconstitucionalidade de uma lei, o legislador pode acatar sem mais essa declaração, pode refazer a lei tomando em consideração os reparos feitos pelo Tribunal Constitucional ou pode ainda aprovar uma lei idêntica à anterior julgada inconstitucional. (LEITE, **O tribunal constitucional e o sistema político**, cit., p. 134).

⁸³⁴ Cf.: MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Editora Universidade Católica, 1999, p. 822.

⁸³⁵ “Sendo assim, é desarrazoado e teratológico que em um Estado Democrático de Direito, uma sentença que tenha feito o controle de constitucionalidade de uma lei seja passível de apelação para a instância superior, enquanto uma sentença que tenha exercido o controle de uma súmula vinculante seja objeto de reclamação para o STF, estando este autorizado a praticar sua cassação e reenviá-la para o juízo de origem para que esse profira uma decisão de acordo com o teor da súmula”. (ABBOUD, cit., p. 382).

para se aferir a constitucionalidade de uma lei⁸³⁶. Até porque não se pode tolerar que o STF, ao editar verbete sumular vinculante, usurpe o poder/dever de reforma constitucional, que é do Congresso Nacional, pela via de emenda à Constituição.

O que se está cogitando é que, após o Estado brasileiro ter adotado a doutrina do *stare decisis*⁸³⁷ e embora não haja um comando constitucional vinculativo expresso ao Poder Legislativo, uma lei, promulgada posteriormente à edição de uma súmula vinculante, que tenha conteúdo semântico diametralmente oposto ao dessa súmula, se aplicada, poderá ter sua aplicação, decisão judicial ou ato administrativo, cassada ou anulada, pela via da reclamação constitucional, em cumprimento ao precedente sumulado pelo STF, salvo se o próprio STF revisar a súmula vinculante, que houvera editado.

É sabido que o legislador não está impedido de produzir uma lei contrária a uma súmula vinculante, e é sabido que a Administração Pública não pode deixar de aplicar esta lei, em obediência ao princípio da legalidade estrita. Entretanto, o ato administrativo, editado pela Administração Pública, em cumprimento esta lei, poderá ser cassado, por via de reclamação constitucional, deduzida no STF, porque será um ato administrativo violador de uma súmula vinculante.

É por isso que, em não havendo quase distinção entre as decisões dos métodos difuso e concentrado de fiscalização judicial da constitucionalidade, quanto aos efeitos das decisões, desde a adoção da doutrina do *stare decisis* no Brasil, e mais acentuadamente com a instituição da súmula vinculante no direito constitucional brasileiro, é possível cogitar que o direito sumular vinculante vincula o legislador, por via transversa.

⁸³⁶ “Veja-se a esse propósito a arguta observação de Carmem Lúcia Antunes da Rocha, ao denunciar ‘a força de norma constitucional’ que as súmulas podem assumir (**Sobre a súmula vinculante**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.10). Ou seja, se o próprio STF não revisar ou cancelar determinada súmula, esta somente poderá ser expungida do sistema através de emenda constitucional, o que equivale a dizer que dois terços do Supremo Tribunal têm poder superior a três quintos do Congresso Nacional. Tem igualmente razão a autora – hoje ministra do Supremo Tribunal Federal – quando coloca em xeque a súmula vinculante pela inexistência de: a) fonte legítima da representação popular; b) respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do direito (art. 14, CF); c) garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto a participativo (art. 59 e segs) para a criação de norma jurídica. Em candente crítica ao instituto, Carmen Lúcia acrescenta que com a introdução da súmula vinculante, o que é hoje uma mutação constitucional, por intermédio da interpretação passa a ser reforma constitucional, ou seja, mudança formal, uma vez que a interpretação se converterá, então em norma de vigor constitucional em razão da matéria e do órgão judicial da qual emana”. (STRECK, **Verdade e Consenso**, cit., p. 347).

⁸³⁷ “E mais especificamente acerca da adoção da regra do *stare decisis* observou Capelletti (CAPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992, p. 83) que, embora ‘alheia ao espírito dos sistemas jurídicos de base romanistas’, tem sido adotada nos sistemas de *civil law*, ainda que ‘dentro de certos limites’ e em ‘caráter excepcional’, constatação reiterada por Cruz e Tucci (CRUZ E TUCCI. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo, Revista do Tribunais, 2004, P. 250), quando esclarece que ‘a exemplo dos países dominados pela regra do *binding precedente*, parte significativa das experiências jurídicas contemporâneas da *civil law*, contemplam, com diversificada intensidade, o precedente judicial com força obrigatória” (CADORE, Maria Regina Lusa. **Súmula Vinculante e Uniformização de Jursiprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 93).

Mesmo que ocorresse a vinculação do legislador às decisões, prolatadas pelo STF, pelo método concentrado de controle, como se dá no direito português; tem-se que uma coisa é o STF julgar inconstitucional uma lei – em sede de jurisdição constitucional abstrata –, e o Congresso Nacional bem como as Assembleias Legislativas (e a Câmara Distrital) não deverem reeditar a lei, em respeito a harmonia entre os Poderes, que é corolário do princípio da divisão orgânica do Poder⁸³⁸.

Outra coisa, é o STF poder editar verbete sumular vinculante, pró-futuro, “com base em julgados anteriores”, com alta carga de abstração e vagueza, próprias das leis⁸³⁹, com potencial de vincular o legislador, por via transversa⁸⁴⁰. Isso torna indubitosa a inconstitucionalidade do instituto das súmulas vinculantes, por dupla violação ao princípio da tripartição orgânica do Poder: usurpação de competência constitucional do Poder Legislativo, pelo STF, e submissão daquele Poder ao Tribunal.

Por isso, sob pena de se afirmar a supremacia do Poder Judiciário sobre os demais Poderes da República do Brasil⁸⁴¹, o direito sumular vinculante é manifestamente

⁸³⁸ “O art. 282º da CRP estipula os efeitos das decisões de acolhimento de um pedido de fiscalização da constitucionalidade e legalidade em processo abstrato. Em especial o nº1 do referido preceito aluda à força obrigatória geral que envolve a declaração da inconstitucionalidade originária de um acto normativo, da qual resulta o efeito-regra deste tipo de decisão”. (BLANCO DE MORAIS, **Justiça Constitucional: Tomo II. O Direito do Contencioso Constitucional**, cit., p. 184).

⁸³⁹ “De um lado, **Castanheira Neves** (NEVES, Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, 315) e **Lenio Luiz Streck** (STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13) acentuam que a súmula vinculante seria recoberta de natureza legislativa, posto que possibilitaria a produção de normas jurídicas abstratas e gerais. [...]. De outro lado, **Jorge Miranda** (MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 196) e **Luiz Carlos Alcoforado** (ALCOFORADO, Luiz Carlos. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57) advertem que a súmula vinculante seria revestida de natureza jurisdicional, visto que necessitaria de provocação e julgamento de diversos casos anteriores. [...]. Dubitativamente, **Mauro Capelletti** (CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Coimbra: Coimbra Editora, 1973, p. 73) e **Marco Antonio Muscari** (MUSCARI, Marco Antonio. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 53) aduzem que a súmula vinculante seria um *tertium genus*, intermediário entre o abstrato dos atos legislativos e o concreto dos atos jurisdicionais...” (PEÑA DE MORAES, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 598).

⁸⁴⁰ “... ao instituir uma súmula vinculante, em matéria de interpretação constitucional de um Texto Constitucional há uma clara limitação dirigida ao legislador, o que pode significar uma *petrificação*...” (SCHÄFER, **Súmula Vinculantes**, cit., p. 105).

⁸⁴¹ Sobre supremacia judicial, cf. Thomas Rosa Bustamante, ao discorrer sobre um *obiter dicta* abusivo: “O tipo mais usual de *obiter dictum* politicamente indutivo é o dos pronunciamentos judiciais sobre o mérito de uma matéria em discussão no Poder Legislativo. Os tribunais devem respeitar, nestes casos, o tempo de cada processo: o Poder Judiciário não deve apresentar a sua interpretação antes de o legislativo concluir o seu processo deliberativo. Um exemplo expressivo dessa modalidade de *obiter dicta* abusivo é a decisão monocrática do ministro Luís Roberto Barroso no Mandado de Segurança n. 34.448, a qual indeferiu medida cautelar para sustar a tramitação da PEC 241/2016, posteriormente convertida em Emenda Constitucional n. 95, na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2016^a). [...]. O que chama a atenção no caso é que ao invés de extinguir o processo sem julgamento de mérito a matéria ao Poder Legislativo, deixando todos os questionamentos sobre o mérito da PEC para um exame posterior a sua eventual promulgação, em processo próprio, o ministro fez questão de entrar no mérito de todos os pedidos, passando por cima da jurisprudência do seu tribunal que expressamente proíbe o ‘controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei’ (BRASIL, 2014). Ao avaliar todos os pontos da controvertida proposição legislativa, a decisão monocrática interferiu ilegitimamente no jogo político,

inconstitucional, porque além de violar independência dos Poderes, ao usurpar função precípua do Poder Legislativo, que é a de produzir norma jurídica “pró-futuro”, com alta carga de abstração e vagueza próprias do direito legislado⁸⁴², tem poder de vincular o legislador, por via transversa.

12.1. Súmula vinculante não se confunde com norma constitucional paradigmática

Conforme já discorrido, para teoria da inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, e de acordo com o ordenamento jurídica brasileiro: será materialmente inconstitucional a norma primária que tenha conteúdo semântico contrário ao disposto em uma norma constitucional vigente; e será formalmente inconstitucional a norma infraconstitucional primária, cuja feitura se deu em desobediência a uma norma vigente do processo legislativo constitucional.

Para aferir a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional primária, faz-se necessário identificar a norma constitucional, que se constitui no paradigma de validade da norma infra, independentemente se a constitucionalidade que se afere é formal ou material. Em suma, faz-se um a subsunção entre uma norma de uma lei em tese, estadual ou federal, e a norma constitucional paradigmática, porque a Constituição se constitui no fundamento de validade imediato dessa lei em tese⁸⁴³.

Isso quer dizer que, se infere a constitucionalidade, a partir da compatibilidade vertical (formal ou material) entre uma determinada norma infraconstitucional primária, federal ou estadual, e a uma norma paradigmática, advinda de texto da Constituição da República (ou do bloco de constitucionalidade)⁸⁴⁴, tendo em vista que a inobservância

[...]. Quando um juiz da Suprema Corte entra no mérito do caso para oferecer um tipo de “conforto” para os defensores do Projeto de Emenda, ele ilegitimamente interfere na integridade dos procedimentos parlamentares, prejulgando questões que não estão abertas para qualquer tipo de pronunciamento judicial”. (BUSTAMANTE, cit., p. 728/729).

⁸⁴² Sobre o instituto dos assentos, cf. Castanheira Neves: “... uma *prescrição* jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório), que se constitui num modo de uma *norma geral e abstrata* proposta à *pré-determinação normativa* de uma *aplicação futura*, susceptível de garantia a *segurança e a igualdade jurídicas*, e que não só impõe com a força ou eficácia de uma *vinculação normativa universal*, como se reconhece legalmente como carácter de *fontes do direito*, que tipo de entidade dogmático-jurídica manifesta?” (CASTANHEIRA NEVES, cit., p. 315).

⁸⁴³ “A distinção entre texto e conteúdo normativo ou entre dispositivo e norma jurídica é essencial à moderna Hermenêutica Constitucional, evidenciando-se pela circunstância de que um único dispositivo pode conter diversas normas ou, ao contrário uma única prescrição normativa pode assentar-se em mais de um dispositivo”. (RAMOS, cit., p. 283).

⁸⁴⁴ “É por tal motivo que os tratadistas, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de carácter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a

das normas constitucionais implica em inconstitucionalidade (formal ou material) da lei ou do ato normativo infraconstitucional primário (bloco de legalidade), federal ou estadual.

Segundo o modelo abstrato/concentrado de fiscalização da constitucionalidade pelo STF, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República dá condição de validade imediata às normas que lhes são imediatamente inferiores, desde que federais e estaduais (Art. 102, I), e desde que estejam em vigor.

A contrário senso, o problema de validade das normas infraconstitucionais primárias já revogadas, das normas infraconstitucionais secundárias (e das normas inferiores às normas secundárias), das normas municipais (vigentes ou não, primárias ou não)⁸⁴⁵ e dos atos administrativos concretos, não induz a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, em face da Constituição da República, ainda que esses atos normativos (ou não) guardem incongruência com algum dispositivo constitucional federal, que é a condição última de validade de todo o ordenamento jurídico⁸⁴⁶.

sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elastecendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política. (XIFRAHERAS, Jorge. *Curso de Derecho Constitucional*, p. 43).

⁸⁴⁵ “A Constituição Estadual é superior em relação às demais normas estaduais que nela retiram seu fundamento de validade, desde que compatível com a Constituição Federal. [...]. Vislumbra-se assim que os princípios estabelecidos pela Constituição do Estado são vinculantes para o Município. Todavia, como a Constituição Federal estipula uma repartição de competências entre União, Estados e Municípios, se de um lado é incontestável que os atos municipais não devem afrontar o texto da Constituição estadual – sob pena de inconstitucionalidade –, por outro é também inquestionável que os Estados-membros não podem invadir a esfera de competência delimitada pela Carta Federal aos Municípios, sob pena de incorrerem no mesmo vício”. (DUTRA, Carlos Alberto Alckmin. **O controle estadual de leis e atos normativos: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82/83).

⁸⁴⁶ No direito português, a inconstitucionalidade tem espectro mais abrangente. Cf. Gomes Canotilho: “Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os atos legislativos e restantes atos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos atos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global.” (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 919).

Nesse sentido, do ponto de vista procedimental, já se afirmou nesse estudo, que nem toda incompatibilidade com o texto constitucional será inconstitucionalidade⁸⁴⁷. Daí a ideia de descumprimento de preceito fundamental, circunstância em que a incompatibilidade entre qualquer ato público, que não tenha natureza de norma infraconstitucional primária (federal ou estadual), e um preceito fundamental da Constituição, induzirá o manejo de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É dizer, as duas hipóteses de violação à Constituição da República, descritas acima, podem ser objeto do controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade, seja em razão de inconstitucionalidade estrito senso – contra a qual se pode ajuizar ação direta de inconstitucionalidade genérica –, seja em razão de descumprimento de preceito fundamental – este causado por atos públicos diversos dos atos normativos infraconstitucionais primários, estaduais ou federais, o que, a rigor, não configuraria tecnicamente, inconstitucionalidade, e contra os quais se pode propor arguição de descumprimento de preceito fundamental⁸⁴⁸.

É que se a conformidade com a Constituição da República é condição de validade última de todos os atos estatais, a referência paradigmática deve fazer parte do arcabouço normativo constitucional (bloco de constitucionalidade, inclusive), uma vez que este é o parâmetro de validade dos atos normativos de todo o ordenamento jurídico brasileiro, verdadeiro arquétipo para a tarefa de verificação da conformação do ato público (normativo ou não) perante à Constituição.

Contudo, a invalidade do ato só será inconstitucionalidade estrito senso, na hipótese da incompatibilidade se dar entre norma infraconstitucional primária (federal ou estadual) e norma constitucional paradigmática, posto que essa dá condição de validade imediata àquela (norma infraconstitucional primária, federal ou estadual), nos termos do Art. 102, I da Constituição da República.

Assim é que, no exercício da jurisdição constitucional abstrata – por meio de ADI/ADC ou ADPF –, o STF deve identificar a norma constitucional que, em tese, houver sido violada pelo ato impugnado, normativo ou não. Essa norma constitucional é a norma paradigma, posto que serve de referência para a aferição de validade ou de invalidade do

⁸⁴⁷ “É que o sistema jurídico não está organizado de forma circular, com a Constituição no centro de todos os atos amarrados a ela, a igual distância: em primeiro lugar, porque a Constituição moderna historicamente surgiu tendo como escopo limitar o papel do poder político e sua função essencial não é estabelecer a disciplina doutras entidades públicas infra-estatais e dos particulares, ainda que se lhes refira; em segundo lugar, porque a complexidade de situações da vida e das intervenções do Estado na sociedade impõe a multiplicação e a descentralização de fontes e órgãos de produção jurídica”. (MIRANDA, **Fiscalização da Constitucionalidade**, cit., p. 27).

⁸⁴⁸ “O descumprimento, na Carta de 1.988, assemelha-se à noção lata apresentada em nível teórico. Realmente, se com relação à inconstitucionalidade a Constituição refere-se de forma expressa a leis e atos normativos como únicos capazes de nela incidir (quando se trata de controle concentrado), o mesmo não ocorreu com o descumprimento, já que quanto a este a Constituição unicamente restringe o parâmetro (há de ser preceito constitucional fundamental), mas não o objeto do controle (com o que a medida restou ampla, a admitir toda forma de descumprimento, dê-se por lei, ato normativo, administrativo ou mesmo material, incluindo-se o de caráter privado) “. (TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental [Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99]**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 197).

ato público; pois, o ato público (normativo ou concreto) que se reputa como constitucional ou inconstitucional, ou como cumprimento ou não cumprimento de preceito fundamental da Constituição, é delimitado pelas referências paradigmáticas de confronto⁸⁴⁹.

Assinale-se que o paradigma constitucional de confronto, para se inferir se houve descumprimento de preceito fundamental, obviamente, deve ser uma norma constitucional definidora de preceito fundamental, formal ou material (bloco de constitucionalidade)⁸⁵⁰.

No controle jurisdicional difuso da constitucionalidade, exercido pelo STF, não importando se como incidente de uma ação de competência originária (diversa das ações do controle abstrato) ou de competência recursal ordinária do Tribunal; a análise da validade do ato infraconstitucional normativo (ou concreto) primário (ou não), vigente ou revogado, oriundo de qualquer dos entes federados (inclusive dos Municípios), também obedece a técnica de aferição da compatibilidade entre o ato guerreado e o texto da Constituição da República, através do cotejo desse ato com uma norma constitucional posta, constante do Texto Constitucional formal, ou integrante do bloco de constitucionalidade⁸⁵¹.

É que a restrição imposta pela Constituição da República quanto ao objeto do controle judicial abstrato/concentrado da constitucionalidade (Art. 102, I [lei ou ato normativo federal ou estadual, no controle perante o STF] e § 2º do Art. 125 [lei ou ato normativo estadual ou municipal, no controle perante os tribunais de justiça]) não se aplica à fiscalização concreta/difusa da constitucionalidade; daí se falar de inconstitucionalidade do ponto de vista procedimental.

Com efeito, e sem macular a lógica sistemático-normativa do processo de elaboração de um enunciado sumular vinculante, não se tem na súmula vinculante uma

⁸⁴⁹ “Vê-se, pois, até mesmo em função da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD), que, na aferição, em abstrato, da constitucionalidade de determinado ato normativo, assume papel relevante o vínculo de ordem temporal, que supõe a existência de uma relação de contemporaneidade entre padrões constitucionais de confronto, ainda em regime de plena e atual vigência, e os atos estatais hierarquicamente inferiores, questionados em face da Lei Fundamental. (...)” (ADI 2971 MC, Relator: Min.CELSO DE MELLO, julgado em 05/05/2004, publicado em **DJ 18/05/2004 PP-00028**)

⁸⁵⁰ “De forma exemplificativa, determinados preceitos constitucionais podem ser considerados fundamentais. Não se poderá negar essa qualidade aos princípios fundamentais, relacionados nos arts. 1º a 4º da CF; bem como às ‘clausulas pétreas’, que constituem vedações materiais expressas ao poder de alterar a Constituição (art. 60, § 4º); e aos ‘princípios constitucionais sensíveis’, cuja violação autoriza a intervenção federal ou estadual (arts. 34, VII e 35, IV)”. (MANDELLI JR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Instrumento de Proteção do Direitos Fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 117).

⁸⁵¹ Cf.: Ministro Celso Mello, na ADI 2.971/MC/RO, que, mencionando lições de GOMES CANOTILHO, aduz: “(...) a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual”. (RTJ 71/289, 292 -RTJ 77/657)”. .

referência paradigmática normativa para o controle da constitucionalidade⁸⁵². É que o texto constitucional paradigmático não é o enunciado sumular em si, mas o dispositivo constitucional, “codificado” ou não “codificado” (bloco de constitucionalidade), que serviu de parâmetro para o entendimento que se consolidou na súmula vinculante; para o fim de aferição da validade constitucional de norma de hierarquia inferior (primária ou não), ou de um ato concreto⁸⁵³.

O disposto na súmula vinculante, então, volta-se ao texto normativo-constitucional positivado, que lhe deu origem; sendo esse texto normativo o paradigma para o sistema de controle da constitucionalidade, sobretudo porque a estrutura compacta que congrega os dispositivos constitucionais, que servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade das demais normas do ordenamento jurídico (de dos atos públicos de natureza concreta) não comporta referencial (verbete sumular vinculante) que apenas interpreta outro texto normativo; sob pena de se converter o guardião da Constituição, em um órgão dotado da prerrogativa de poder constituinte derivado reformador – função absolutamente distinta da função de interprete do texto constitucional.

Ora, sabe-se que é requisito constitucional para sua edição, que a súmula vinculante verse sobre a interpretação/aplicação de determinado dispositivo constitucional, em torno da qual haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre estes e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, conforme a dicção do § 1º, art. 103-A, da Constituição da República.

Assim, o entendimento consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal, em um verbete sumular vinculante, fundamenta-se exatamente na interpretação de um texto normativo-constitucional, uma vez que este é o objeto da súmula vinculante – que não deixa de ser um texto normativo também –, e que é a própria Constituição que orienta toda a lógica do processo de elaboração das súmulas vinculante⁸⁵⁴.

Desta feita, no direito constitucional brasileiro, as normas constitucionais, positivadas no corpo da Constituição ou integrantes do bloco de constitucionalidade, são as referências paradigmáticas para a aferição da constitucionalidade de leis ou de atos normativos infraconstitucionais primários (vigentes), integrantes do bloco de legalidade

⁸⁵² “De imediato, fica evidente a necessidade de as súmulas vinculantes, enquanto mais um texto normativo do sistema jurídico, poderem ser passíveis do controle difuso de constitucionalidade e ainda essas decisões deverão ficar sujeitas ao mesmo regime recursal que as decisões que controlaram a constitucionalidade da lei”. (ABBOUD, cit., p. 382).

⁸⁵³ “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo”. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito**. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2002, p.17).

⁸⁵⁴ “Embora a súmula possa versar sobre interpretação e eficácia de ‘norma determinada’, consoante determinou o próprio § 1.º do Art. 103-A da CB, o maior campo de incidência será, muito provavelmente o da validade, especificamente o da validade *constitucional* de normas determinadas”. (TAVARES, **Nova Lei da Súmula Vinculante**, cit., p. 16).

– bem como de atos normativos infraconstitucionais primários revogados, de atos normativos infralegais, de atos públicos de efeito concreto e até de atos privados.

O paradigma constitucional de confronto, portanto, não é a súmula vinculante, mas sim o texto constitucional, de cuja interpretação se extraiu o verbete sumular vinculante.

E é por não servir de parâmetro para a realização do controle da constitucionalidade, que a súmula vinculante não integra o bloco de constitucionalidade; já que este congrega todos os atos normativos com estatura constitucional, que podem servir de parâmetro de validade para as normas infraconstitucionais primárias; sendo, portanto, paradigmas para aferição da constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais, por terem natureza material de norma constitucional, por expressa disposição do Parágrafo 2º, do Art. 5º, da Constituição da República, no qual não se enquadram as súmulas vinculantes⁸⁵⁵.

Ao se falar em bloco de constitucionalidade, se estar a falar do conjunto de normas materialmente constitucionais, que não constam do texto constitucional formal, mas que servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade de leis, atos normativos e atos públicos de efeito concreto.

E é nesse contexto que se firma posição de que a súmula vinculante, para fins de referência paradigmática, não faz parte do bloco de constitucionalidade, e que, por conseguinte, não se pode instaurar processo de fiscalização constitucional de leis e atos normativos primários, tendo um verbete sumular vinculante como parâmetro de validade.

Em suma, muito embora o verbete sumular com efeito vinculante tenha o signo da afirmação da força normativa da Constituição – posto que reforça a efetividade das normas constitucionais –, sem embargo de sua controvertida constitucionalidade; é a norma constitucional positivada, a partir da qual se assentou o enunciado sumular, que constitui o referencial normativo-paradigmático, para aferição da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais primários (em sede de ação direta de

⁸⁵⁵ “Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade - tal como este é concebido pela teoria constitucional – pois, dessa percepção, resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional. E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade. Não obstante essa possibilidade de diferença da abordagem conceitual, torna-se inequívoco que, no Brasil, o tema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade supõe, no plano de sua concepção teórica, a existência de um duplo vínculo: o primeiro, de ordem jurídica, referente à compatibilidade vertical das normas inferiores em face do modelo constitucional (que consagra o princípio da supremacia da Carta Política), e o segundo, de caráter temporal, relativo à contemporaneidade entre a Constituição e o momento de formação, elaboração e edição dos atos revestidos de menor grau de positividade jurídica”. (COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança**, in *Revista de Informação Legislativa* nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal).

constitucionalidade), seja norma integrante do texto constitucional codificado, seja norma componente do bloco de constitucionalidade; e não a súmula vinculante, que se editou a partir da interpretação da norma constitucional (formal ou material – bloco de constitucionalidade), em sua aplicação aos casos concretos (controle incidental), pelo STF.

É dizer, a súmula vinculante não tem natureza de texto normativo-constitucional, não tem o condão de substituir o dispositivo constitucional, cuja interpretação lhe deu origem (à súmula), e não serve de parâmetro para se aferir a inconstitucionalidade em tese de uma lei ou de ator normativo primário, federal ou estadual (em sede de ação direta de inconstitucionalidade)⁸⁵⁶.

Eis por que contra a violação de súmula vinculante se deve manejar reclamação constitucional (e não ação direta de inconstitucionalidade), que tem como objeto a nulificação ou cassação de ato concreto, administrativo ou judicial, que tenha violado o conteúdo da súmula.

Aliás, a violação do princípio da separação dos Poderes, com o advento do direito sumular vinculante no Brasil, se dá exatamente porque ao se nulificar ou cassar um ato administrativo ou um ato judicial, fundamentado em uma lei em tese, superveniente à edição da súmula vinculante pelo STF, e de conteúdo semântico contrário ao desta súmula, estar-se-á vinculando o legislador ao verbete sumular vinculante, por via transversa, como se demonstrará, à miúdo, no tópico subseqüentes.

12.2. Conflito semântico entre lei e súmula vinculante antecedente à lei

É pacífico na doutrina que a Constituição brasileira de 1988 ampliou a autonomia dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, quando da repactuação do federalismo, como consequência da redemocratização do país⁸⁵⁷. Nesse contexto, destacam-se as assembleias legislativas, a Câmara Distrital, e as câmaras municipais que, juntamente

⁸⁵⁶ “O verbete sumular vinculante é uma decisão aditiva, portanto, é texto normativo, mas não é parte integrante a Constituição, ainda que seja abstrata e não faça qualquer menção aos casos concretos que ensejaram sua edição. Nesse sentido: “Logo, a essência da súmula vinculante, como criada pela EC 45/2004 e regulamentada pela presente Lei 11.417/2006, está representada como uma forma de transposição do concreto para o abstrato-geral. Isso porque os detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados para fins de criação de enunciado que seja suficientemente abstrato para ter efeitos *erga omnes*”. (TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante**, cit., p. 15).

⁸⁵⁷ “A Constituição de 1988 adotou um modelo de Estado Federal de *estrutura triplíce*, pois além de declarar que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º), determinou que a sua organização político-administrativa *compreenda a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos*, nos termos da Constituição (art. 18)”. (CUNHA Jr, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 814).

com o Congresso Nacional, compõem os parlamentos da República do Brasil⁸⁵⁸, haja vista que a principal característica da autonomia é exatamente o autogoverno, que se regula por meio da competência legislativa que se atribui aos entes de uma federação⁸⁵⁹.

Uma década e meia depois, a Emenda Constitucional n.45/2004, ao tempo em que instituiu o direito sumular vinculante, previu um mecanismo judicial, pelo qual se pudesse preservar a autoridade das súmulas vinculantes editadas pelo STF, qual seja, o instituto da reclamação constitucional (Art. 103-A, § 3º da Constituição da República). O mesmo mecanismo processual que o constituinte originário já havia previsto para preservar a competência do STF, e garantir a autoridade de suas decisões finais, proferidas em sede de jurisdição constitucional abstrato/concentrada (Art. 102, I, 'I' da Constituição da República)⁸⁶⁰.

O constituinte originário, em um primeiro momento, constitucionalizou o instituto da reclamação constitucional⁸⁶¹, para reprimir o desrespeito às decisões do STF, proferidas em sede de controle abstrato/concentrado. Posteriormente, o constituinte reformador dispôs que a reclamação constitucional seria o meio idôneo para coibir a violação ao conteúdo das súmulas vinculantes. Por fim, o legislador ordinário, ao disciplinar a reclamação constitucional, alargou as hipóteses de manejo deste instrumento processual, de forma que a reclamação constitucional pudesse ser utilizada para garantir a autoridade das súmulas ordinárias decorrentes de recurso extraordinário (julgados com repercussão geral e/ou repetitivos [art. 988. § 5º, II do Código de Processo Civil de 2015]).

Com efeito, a reclamação constitucional tem o condão de anular um ato administrativo e de cassar um ato judicial, que houverem desrespeitado a autoridade de decisão do STF, proferida em sede controle jurisdicional abstrato/concentrado; ou que

⁸⁵⁸ “A constitucionalização da *República* (do ponto de vista orgânico institucional) nasce no Estados Unidos. Esta nova fórmula constitucional – a forma republicana de governo – tem, à luz do *republicanismo* assente no *representative e limited government*, na *separation of powers* e no mecanismo do *checks and balances* e um intuito de *reforço do poder federal*”. (VEIGA, cit., p. 28/29).

⁸⁵⁹ “No que tange ao **Poder Legislativo**, são exemplos de regras constitucionais que, por simetria são extensíveis ao Estados, Municípios e Distrito Federal, as pertinentes ao *processo legislativo* (‘as normas básicas sobre processo legislativo, tais como as referentes às hipóteses de iniciativa reservada devem ser observadas pelos Estados-membros’ [STF, ADIN n. 1201, Rel. Min. Moreira Alves, j.14.11.2002, DJU 19.12.2002])” (PEÑA DE MORAES. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 613).

⁸⁶⁰ “A federação é conservada pela existência de órgão incubido do exercício da jurisdição constitucional, na medida em que enseja a invalidação das regras infraconstitucionais, provenientes das unidades federativas, em desconformidade vertical, sob o (s) aspecto (s) formal e/ou material, com as regras constitucionais que veiculam o princípio federativo, independentemente da natureza do órgão e momento do exercício do controle de constitucionalidade”. (*Idem*, p. 441).

⁸⁶¹ “A reclamação está, ainda, contemplada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e foi expressamente recepcionada pela Constituição atual, figurando no inciso I do art. 102, como sendo da competência do Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar: “I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. (TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**, cit., p. 256).

houverem contrariado súmula vinculante, editada pelo Tribunal, ou que a tenha aplicado indevidamente.

Eis por que a reclamação constitucional não é instrumento de defesa da Constituição, estrito senso, porque não se presta a defender norma constitucional em si, mas sim decisão do STF, bem como o verbete sumular vinculante (e até a súmula ordinária, nas hipóteses previstas no CPC).

Por meio de reclamação constitucional, o que se defende é o entendimento (ou a interpretação) do STF sobre uma norma constitucional, não a norma constitucional em si, ao menos diretamente⁸⁶².

Cuidou o legislador de restringir as possibilidades do uso da via reclamationária, a fim de que esta seja manejada sempre contra um ato concreto, administrativo ou judicial, daí por que, em conformidade com o § 2º do art. 988 do CPC/2015, não cabe reclamação constitucional contra lei em tese⁸⁶³.

Por sua vez, o texto constitucional é indubitoso quanto à não vinculação do legislador ao conteúdo de súmula vinculante, por exclusão proposital do Poder Legislativo do campo de incidência da súmula vinculante (Art. 103-A, § 3º). A exemplo do que se dá com as decisões oriundas do controle abstrato/concentrado (Art. 102, I, '1'), pelo que os parlamentos da República não estão impedidos de editar leis contrárias semanticamente a um verbete sumular vinculante do STF⁸⁶⁴⁸⁶⁵.

Compreende-se que as leis, independentemente de serem federais ou estaduais, ordinárias ou complementares, têm natureza jurídica de atos normativos infraconstitucionais primários, nos quais há prescrições gerais e abstratas, o que, de antemão, acaba por impedir a aferição de sua validade, em sede reclamação constitucional.

Além disso, o meio idôneo para a fiscalização judicial abstrata da constitucionalidade das leis federais ou estaduais (e sua possível invalidação) é a ação direta de inconstitucionalidade genérica (Art.102, I, 'a' da Constituição da República).

⁸⁶² “Como é óbvio, a autoridade da decisão não está somente em sua parte dispositiva, mas igualmente em seus fundamentos determinantes”. (MARINONI, in: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1079).

⁸⁶³ “Art. 988. [...] § 2º. A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal”. **Idem**.

⁸⁶⁴ No direito português, em sentido contrário ao texto, Gomes Canotilho: “A declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa a **vinculação do próprio legislador à decisão do TC**: ele não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais pelo TC”. (CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 1010).

⁸⁶⁵ No sentido do Texto, Rui Medeiros, citado por Georges Abboud: “Corroboramos o posicionamento de Rui Medeiros (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999, cit, § 36, p. 831), não admitimos a vinculação do legislador, com maior ênfase ainda aqui no Brasil, onde o STF não possui a estrutura organizacional de um Tribunal Constitucional”. (ABBOUD, cit., p. 146).

Tal entendimento também se aplica às leis municipais, que embora não possam ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade genérica de competência do STF; podem ter sua constitucionalidade sindicada pela via direta, ou por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental (que é espécie de ação do controle abstrato/concentrado de competência do STF)⁸⁶⁶; ou através de representação de inconstitucionalidade em face da Constituição do Estado, no qual se localiza o Município, de competência do respectivo Tribunal de Justiça (Art.125, § 2º da Constituição da República).

É que a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei não se infere a partir da restrição constitucional quanto ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade genérica federal, de competência do STF; até porque há normas municipais de natureza infraconstitucional primária, relativamente à Constituição da República; ainda que essas normas tenham dupla parametricidade, porquanto as normas municipais têm nas constituições estaduais seu fundamento de validade imediato também.

Portanto, leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais não podem ser objeto de reclamação constitucional, caso haja incompatibilidade semântica entre um desses atos e uma decisão do STF, prolatada em sede de controle abstrato/concentrado; ou entre um deles e uma súmula vinculante; ou ainda entre um deles e uma súmula ordinária (editada a partir de um julgado de recurso extraordinário com repercussão geral ou repetitivo).

Se assim não fosse, qualquer ato normativo, no qual se vislumbrasse violação da autoridade de uma decisão do STF – prolatada em sede de ação do controle concentrado –, ou de súmula vinculante, ou ainda de súmula ordinária do Tribunal – editada a partir de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, ou repetitivos –, poderia possibilitar a propositura da reclamação constitucional.

Ademais, o constituinte reformador, não por acaso, foi expresso ao prever que a súmula vinculante só vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, constituindo silêncio eloquente a exclusão do Poder Legislativo, conforme exposto acima, do que se deduz não ser possível ajuizar reclamação constitucional contra lei em tese, com o intento de se defender a autoridade do direito sumular vinculante, produzido pelo STF.

Ainda que se argumente que a lei poderá ensejar casos concretos violadores de súmula vinculante ou afrontosos à autoridade das decisões do tribunal, não se pode dispor da via reclamatória de forma preventiva – antes da edição/formulação do ato concreto violador da súmula –, como já consolidou em sua jurisprudência a STF⁸⁶⁷, sendo

⁸⁶⁶ “De qualquer forma, sempre será admissível a propositura de reclamação sob a alegação de não observância de decisão do STF, no caso originário, com o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental de norma de teor idêntico que foi objeto da declaração de inconstitucionalidade em ADPF”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71).

⁸⁶⁷ “Cuida-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, ajuizada por Paulo Augusto Tesser,

necessário que haja o ato concreto (judicial ou administrativo) produzido sob a égide dessa lei, na hipótese⁸⁶⁸.

De outro giro, é sabido também que a Constituição da República previu que somente o STF pode revogar ou modificar súmula vinculante (Art. 103-A, § 2º). Nesse passo, faz-se necessária a harmonização entre a não submissão dos parlamentos da República às súmulas vinculantes – desde que parlamentos estejam a atuar no exercício de sua função precípua legiferante –, e a impossibilidade de as Casas Legislativas revogarem o que a Suprema Corte sumulou com efeito vinculante, sem incorrer em inconstitucionalidade.

Ou seja, se o Congresso Nacional, no uso da prerrogativa que lhe foi conferida pelo Art. 49, XI da Constituição da República, para “zelar sobre a preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”, na qual se incluiria a edição de súmula vinculante pelo STF (em uma visão lata), não pode editar decreto legislativo para sustar verbete sumular vinculante, por força do que dispõe o § 2º

contra ato do Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, que teria negado aplicação ao enunciado da Súmula Vinculante nº 56. [...] As informações encaminhadas à Corte pelo juízo ora reclamado esclarecem que “[a] defesa formulou pedido para que o início da pena fosse em regime aberto ou prisão domiciliar, sendo que aos 09/10/2016 este Juízo, em face da manifestação do Ministério Público, esclareceu que o Juízo competente para apreciar tal requerimento é o Juízo das Execuções Criminais, de modo que não foi apreciado o requerimento da defesa”. (Petição/STF nº 70.687/16) Diante do quanto noticiado, **há de se concluir que inexistente ato concreto passível de confronto com a súmula vinculante paradigma**, o que impossibilita a análise do caso pelo Supremo Tribunal Federal em sede reclamatória. Com efeito, é firme a jurisprudência da Corte quanto à inadmissibilidade do uso desta via processual de forma preventiva, como se verifica na espécie. A esse respeito confirmam-se: ‘RECLAMAÇÃO. Caráter preventivo. Pedido tendente a evitar futura decisão judicial. Inadmissibilidade. Inexistência de ato capaz de ofender a competência ou a autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal. Seguimento negado. Agravo improvido. Inteligência do art. 102, inc. I, alínea ‘I’, da CF. **A ação constitucional da reclamação não admite pedido de caráter preventivo**’. (Rcl nº 4.058/BA-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, **DJe de 9/4/10**). ‘**Não cabe reclamação contra ato futuro indeterminado**. A reclamação pressupõe a prática de ato específico para que possa ser conhecida’. (Rcl nº 3.982/ES, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, **DJ de 14/12/07**). Nesse sentido, também, as seguintes decisões monocráticas: (Rcl nº 15.451/RJ, de minha relatoria, **DJe de 2/4/13**; Rcl nº 14.434/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, **DJe de 31/8/12**; e Rcl nº 4.682/GO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, **DJe de 30/10/13**). Com essas considerações, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento à reclamação, ficando, por consequência, prejudicado o pedido de liminar. Publique-se.” (Reclamação 25.583/SP, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, **DJe de 14-12-2016**, Brasília, 14 de dezembro de 2016). Os grifos não constam do original.

⁸⁶⁸ RECLAMAÇÃO. ATO FUTURO E INCERTO. DESCABIMENTO. “1. **A reclamação pressupõe a existência de ato específico que usurpe a competência desta Corte ou viole a autoridade de suas decisões ou súmulas vinculantes**, não se admitindo reclamação contra ato futuro indeterminado. [...]. Nesse sentido, a propósito, decidiu recentemente a 1ª Turma deste Tribunal: RECLAMAÇÃO. OBJETO INCERTO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. DESCABIMENTO. 1. **A reclamação constitucional pressupõe a existência de ato específico que usurpe a competência desta Corte ou viole a autoridade de suas decisões ou súmulas vinculantes, não se admitindo reclamação contra ato futuro indeterminado**. Precedentes. 2. A insuficiência dos documentos apresentados impede o julgamento da reclamação contra o único ato especificado pela requerente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 12.673 AgR, de minha relatoria) 8. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à reclamação, prejudicado o pedido liminar”. (RCL 18672/RJ. Relator: Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, **DJe de 29-9-2014**, Brasília, 29 de setembro de 2014). Os grifos não constam do original.

do Art. 103-A, também da Constituição (“Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”), com maior razão as assembleias legislativas, a Câmara Distrital e as câmaras municipais não podem fazê-lo.

Nesse contexto, ato concreto, praticado em um processo ordinário, com arrimo em uma lei superveniente, cujo conteúdo semântico seja contrário ao disposto em uma súmula vinculante, somente pode ser impugnado perante o STF, pela via de reclamação constitucional. Logo, é a aplicação da lei, superveniente à edição de uma súmula vinculante e que a contraria semanticamente, que desafia a propositura da reclamação constitucional, e não a lei em si (Art. 103-A, § 3º).

Situação idêntica pode ocorrer com ato administrativo, fundado em lei posterior à edição de uma súmula vinculante, cujo conteúdo semântico seja contrário ao da súmula. Ao administrador público não é dada discricionariedade a ponto de não se cumprir a lei. Entretanto, o ato administrativo, que ao cumprir a lei, violar uma súmula vinculante, estará fadado a anulação pelo STF, em sede de reclamação constitucional (Art. 103-A, § 3º).

Não se trata de ataque à norma legal, por via de reclamação constitucional, mas sim de desconstituição da decisão judicial (ou do ato administrativo), que tenha se baseado em uma lei, que tiver sido editada por um dos parlamentos da República, após a edição da súmula vinculante, cujo conteúdo material seja diametralmente oposto ao enunciado sumular. Na hipótese, a lei será ser objeto de controle incidental de constitucionalidade, no curso de uma reclamação constitucional, cujo pedido principal deverá ser a cassação de um ato judicial ou a anulação de um ato administrativo, que tenham violado súmula vinculante, em cumprimento à lei em questão.

É certo que os decretos legislativos e as resoluções do Congresso Nacional também são passíveis de impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, exatamente por se enquadrarem entre os atos normativos catalogados no art. 59 da Constituição da República, o que lhes confere natureza jurídica de atos normativos infraconstitucionais primários (Art.102, I, ‘a’) ⁸⁶⁹.

⁸⁶⁹ Cf.: ADI nº 748-3-RS: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL – DECRETO LEGISLATIVO – CONTEÚDO NORMATIVO – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE ATO EMANADO DO GOVERNADOR DO ESTADO – CONTROLE PARLAMENTAR DA ATIVIDADE REGULAMENTAR DO PODER EXECUTIVO (CF, ART. 49, V) – POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – AÇÃO DIRETA CONHECIDA. REDE ESTADUAL DE ENSINO – CALENDÁRIO ESCOLAR ROTATIVO – PREVISÃO NO PLANO PLURIANUAL – ALEGADA INOBSERVÂNCIA DO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO REGULAMENTAR PELO EXECUTIVO – RELEVÂNCIA JURÍDICA DO TEMA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. “O controle concentrado de constitucionalidade tem objeto próprio. Incide exclusivamente sobre atos estatais providos de densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização da constitucionalidade em tese, requer, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, a suspensão de eficácia de ato oriundo do poder executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou

Assim é que, contra decreto legislativo e resolução do Congresso Nacional, que estejam em dissonância com verbete sumular vinculante e que tenham sido editados depois da edição desta súmula, não é possível a propositura da reclamação constitucional, sob pena de extinção da reclamação por falta de interesse de agir, na modalidade de inadequação da via eleita.

Diante do exposto, não se vê cabimento para que lei, decreto legislativo e resolução do parlamento sejam passíveis de anulação por via reclamatória, haja vista que a natureza jurídica normativa desses atos, afora o fato deles serem produto do exercício de atividade típica do Poder Legislativo, implicam em que o meio idôneo para impugnação desses atos no STF seja a ação direta de inconstitucionalidade, caso se trate de atos normativos federais ou estaduais, ou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso se trate de ato normativo municipal.

Portanto, já que o Poder Legislativo não tem competência constitucional para revogar ou modificar súmula vinculante, então a incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional primária (superveniente à edição da súmula), oriunda dos Parlamentos da República, e um verbete sumular vinculante só pode ser resolvida como incidente de reclamação constitucional, na qual se perquiria a cassação ou anulação de um ato concreto derivado da norma primária em comento⁸⁷⁰.

É que a reclamação constitucional não tem natureza de ação do controle judicial da constitucionalidade, não se inserindo no contexto do controle judicial abstrato de constitucionalidade, embora guarde alguma semelhança com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque ambas as ações podem ser manejadas contra atos concretos, judicial ou administrativo.

Contudo, tal semelhança deve ser de plano rechaçada, outra vez em razão do parâmetro de confronto de cada ação⁸⁷¹. O parâmetro confronto da ADPF será sempre um

suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo”.

⁸⁷⁰ “... considerada a sua condição de fonte de direito específica, importante frisar, para evitar enganos – e até mesmo aberrações –, que a Súmula Vinculante, cuja elaboração incumbe ao Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião-mor da Lei Fundamental, não se submete à fiscalização de constitucionalidade, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, antes sendo produto de processo de controle da aferição da compatibilidade de atos dos poderes públicos e dos particulares com a Constituição”. (NOBRE JR, Edilson Pereira. **Súmula Vinculante: o desafio da sua implementação**. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 105/106).

⁸⁷¹ Em sentido contrário, André Ramos Tavares: “A arguição de descumprimento não se apresenta com caráter de reclamação. Seria mesmo incompatível com a natureza e importância do instituto pretender identifica-lo com a mera reclamação. Estar-se-ia, para dizer o mínimo, afastando qualquer sentido útil ao § 1º do art. 102, já que o mesmo artigo contempla, em outra passagem a reclamação. Assim, não se confundem os institutos. A medida da arguição não se presta para assegurar a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mas pode surgir uma hipótese de cabimento da arguição a partir das reclamações atualmente admitidas. A desobediência aos julgados do Supremo Tribunal Federal dotados de eficácia vinculante pode ensejar o cabimento da arguição de descumprimento, quando se

texto normativo constitucional (formal ou material), definidor de um preceito fundamental da Constituição; enquanto o parâmetro de confronto da reclamação constitucional sempre será uma decisão (proveniente do controle abstrato/concentrado da constitucionalidade) ou uma súmula vinculante (ou ordinária, proveniente de recurso extraordinário) do STF.

Posto isto, se atos concretos, produzidos a partir de lei formal (ou de lei em tese), estão sujeitos à invalidação, pela via da reclamação constitucional, de competência do STF, caso esta lei formal (ou esta lei em tese) seja semanticamente contrária ao conteúdo da súmula vinculante; e sendo certa que invalidação desses atos concretos se dará na hipótese, a não ser que o STF revogue a súmula, por ele editada, estar-se-á sim diante de vinculação do legislador ao direito sumular vinculante brasileiro, ainda que por via transversa⁸⁷².

E mais, na teoria da tripartição orgânica do Poder, a função precípua dos parlamentos de uma federação (ou do Parlamento de um Estado unitário) é legislar⁸⁷³. E legislar é função típica do Poder Legislativo. Com a mutação do princípio da separação dos Poderes, cabe, como coube em muitos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, a previsão constitucional para que os Poderes possam exercer funções atípicas⁸⁷⁴.

No caso do Brasil, isso só é possível, desde que o exercício da função atípica por um Poder se dê por permissivo constitucional constante de norma juridicizada pelo Poder Constituinte Originário, haja vista que a separação dos poderes constitui cláusula pétreia, nos termos do art. 60, § 4º, III da Constituição da República, pelo o que não pode haver reforma constitucional para conferir a um Poder da República função precípua de outro.

Foi exatamente isso que se deu com as súmulas vinculantes do direito constitucional brasileiro, cuja instituição se fez pela Emenda Constitucional n. 45/2004⁸⁷⁵.

tratar de comportamento estatal. (TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**, cit., p. 261/262).

⁸⁷² “*Algumas súmulas vinculantes são dirigidas, ao menos indiretamente, ao legislador, como, por exemplo, o Enunciado na SV 2: ‘É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios inclusive bingos loterias’.* (SCHÄFER. **Súmula Vinculante**, cit., p. 103).

⁸⁷³ “A soberania, identificada ao poder de legislar, deixa desde logo de se referir ao Estado, à totalidade de seus órgãos, para se referir a um só deles, à pessoa particular do monarca e, mais tarde, às Câmaras Legislativas”. (REALE, cit., p. 350).

⁸⁷⁴ Mônica Sifuentes considera que a súmula vinculante é “*ato normativo da função jurisdicional*” ou “*ato jurisdicional normativo*”. Cf.: “Trata-se de ato típico e exclusivo da função jurisdicional, que se situa em uma zona cinzenta da distribuição funcional entre os poderes do Estado, dado o seu caráter de obrigatoriedade e generalidade, que o aproxima do conteúdo material da lei”. (SIFUENTES, cit., p. 275).

⁸⁷⁵ “**Dalmo de Abreu Dalari, Cármen Lucia da Rocha, Oscar Vilhena Vieira e Lenio Luiz Streck** são fixados no sentido da invalidade da norma constitucional inserta no Art. 103-A, tendo em vista que a súmula vinculante não respeitaria o princípio da separação dos poderes, bem como a necessidade de participação dos cidadãos na produção normativa, de modo a legitimar as decisões políticas”. (PEÑA DE MORAES, cit., p. 601).

Dito isto, o direito sumular vinculante é inconstitucional, seja porque tem natureza jurídica normatizante (dotada de generalidade e abstração, e pró-futuro)⁸⁷⁶, função típica do Poder Legislativo⁸⁷⁷, atribuída ao Poder Judiciário⁸⁷⁸, por emenda constitucional⁸⁷⁹; seja porque a súmula vinculante vincula o legislador, por via transversa, uma vez que os atos concretos, produzidos com fundamento em legislação posterior à súmula e que sejam semanticamente contrários a esta, porque editados em consonância com lei de conteúdo contrário à súmula, estão sujeitos à nulificação ou à cassação, por meio de reclamação constitucional, cuja competência para o julgamento é do próprio órgão editor do verbete sumular vinculante, o STF⁸⁸⁰.

12.3. Bloco de legalidade do direito brasileiro versus súmula vinculante.

Consoante os arts. 59, IV e V, 84 VI, ‘a’ e ‘b’ da Constituição de 1988, lei delegada, medida provisória e decreto autônomo, embora emanadas do Poder Executivo, têm natureza jurídica de normas infraconstitucionais primárias, compondo o que se convencionou chamar de bloco de legalidade⁸⁸¹.

Tais atos não têm natureza jurídica de atos administrativos, hipótese em que estariam sujeitos aos efeitos do direito sumular vinculante; daí por que forçoso é analisar, como resolver o problema da incompatibilidade de um desses atos normativos com o

⁸⁷⁶ “Para caracterizar o ato jurisdicional normativo, tomaremos de empréstimo a CASTANHEIRA NEVES (CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos “assentos” e função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 274/275) a seleção, feita a propósito dos assentos portugueses, dos aspectos reveladores da sua índole dogmático-jurídica: 1) o órgão emitente é um *tribunal*. 2) esse órgão judicial é chamado a tratar do conflito de jurisprudência por meio de uma *atividade jurisdicional* – ponderação e decisão jurídica de um caso concreto. 3) esse órgão acaba por ultrapassar o caráter estrito dessa atividade, ao prescrever uma *norma jurídica* destinada não mais à solução daquele caso concreto, mas a uma aplicação geral e futura”. (**Idem**, p. 276).

⁸⁷⁷ “Súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência, ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza”. (CALMON DE PASSOS, JI. **Súmula Vinculante**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 6, set/dez 1997, p. 633).

⁸⁷⁸ “O que diferencia, portanto, um ato jurisdicional do outro é a sua normatividade, ou seja, a sua capacidade de extrapolar as fronteiras do caso julgado, projetando-se no ordenamento jurídico com os atributos de generalidade e abstração. [...]. Em sentido um pouco mais amplo, poder-se-ia classificar como ato normativo da função jurisdicional a súmula vinculante, que, embora não tenha efeito *erga omnes*, é obrigatória não apenas no âmbito dos tribunais, mas também é oponível à Administração Pública”. (**Idem**, p. 277).

⁸⁷⁹ “Além do reconhecimento de que a jurisprudência predominante se insere no bloco de legalidade, vinculando a Administração...” (NOBRE Jr., cit., p. 101).

⁸⁸⁰ “Em nosso sistema, a súmula vinculante foi instituída para ter grau hierárquico superior ao da legislação. Essa deturpação deve ser corrigida como a possibilidade de se viabilizar o controle difuso de constitucionalidade da súmula...” (ABBOUD, cit., p. 372 e 373).

⁸⁸¹ “O artigo 59 da Constituição Federal lista os instrumentos normativos compreendidos na regulação que o constituinte desenvolve nos dispositivos seguintes. Cogita da Emenda à Constituição, das leis complementares, das leis ordinárias, das leis delegadas, das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1012).

conteúdo daquilo que se disciplinou por súmula vinculante, publicada pelo STF. A mesma análise é necessária quanto às resoluções do CNJ e do CNMP, eis que estes atos normativos são também espécies do gênero normas infraconstitucionais primárias, tendo, portanto, natureza jurídica de lei (em tese)⁸⁸².

A Constituição da República, em seu texto original, desde que presentes os requisitos relevância e urgência, concedeu ao Poder Executivo o poder de editar ato normativo, com força de lei, ao instituir uma espécie normativa denominada medida provisória⁸⁸³. Relevância e urgência, apesar de serem dotados de subjetividade, são requisitos constitucionais para a edição de uma medida provisória⁸⁸⁴. São conceitos axiomáticos, por isso não facilmente determinados – sendo considerados, por conta da vagueza semântica que apresentam, conceitos jurídicos indeterminados mesmo⁸⁸⁵.

O STF tem entendimento consolidado acerca da possibilidade de que o Poder Judiciário afira, quando provocado, de forma excepcional, sobre o cumprimento dos requisitos constitucionais da urgência e relevância⁸⁸⁶, sem prejuízo do poder/dever de aferir outros requisitos, exigidos por dispositivos constitucionais relativos à edição de

⁸⁸² “A Corte concluiu que o CNJ possui poder normativo voltado a uniformizar regras que alcancem todo o Judiciário, visto tratar-se de Poder de caráter nacional. Além disso, frisou que o poder normativo do CNJ possui como fonte primária a própria Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela EC n.45/2004, o qual deve ser levado a efeito, observando-se as normas constitucionais e as disposições contidas na LOMAN”. (MENDES e BRANCO, cit., p. 1152).

⁸⁸³ “O constituinte também citou entre as espécies normativas, a medida provisória, pela qual o Presidente da República elabora atos normativos primários”. (*Idem*, p. 1021).

⁸⁸⁴ “A edição de medidas provisórias, pelo presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, caput). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela CR. (...) A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.”. (ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, **DJ de 23-4-2004**).

⁸⁸⁵ Entretanto, ainda que imprecisos, os mesmos pressupõem uma situação de extraordinária necessidade de intervenção do Executivo, o que, nas palavras do Ministro Celso de Mello, nos autos da ADI 221 MC, sob a relatoria do então ministro Moreira Alves, “*impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa*”. (ADI 221 MC, voto do Ministro Celso de Melo)

⁸⁸⁶ “Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF). ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, **DJ de 23-4-2004**; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, **DJ de 26-3-1999**; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, **DJ de 12-6-1998**; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, **DJ de 19-9-1997**”. (ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, **DJ de 29-6-2007**).

medidas provisórias, caso a justiça constitucional seja instada a fazê-lo, inclusive o próprio STF.

Em que pese as medidas provisórias possam ser objeto de controle jurisdicional, estas não se mostram como atividade administrativa típica do Poder Executivo. Não são atos da Administração Pública. É dizer, embora possuam caráter de temporariedade – face a sua vigência por tempo determinado –, as medidas provisórias são passíveis de controle judicial da constitucionalidade⁸⁸⁷.

Ainda que a medida provisória necessite cumprir a tramitação pertinente ao processo legislativo constitucional, previsto na Constituição da República, para que possa ser convertida em lei, em sentido estrito, esta (medida provisória) não perde a natureza de lei em tese, suscetível de criar direitos e obrigações⁸⁸⁸, razão pela qual se reveste da mesma força e eficácia de uma lei formal, configurando produto do exercício de “função legislativa lato senso”.

Por esse ângulo, caso a medida provisória colida semanticamente com uma súmula vinculante, aquela (medida provisória) não desafia o manejo de reclamação constitucional, porque este remédio processual constitucional não tem o condão de anular uma lei em tese, tal como ocorre com as leis formais.

Com efeito, o instrumento idôneo para se fazer a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de uma medida provisória, que infringir uma norma paradigmática constitucional posta, a partir da qual, após reiterados julgados, se editou enunciado sumular vinculante, é a ação direta de inconstitucionalidade, independentemente a medida provisória vir a ser convertida em lei, após o ajuizamento desta ação⁸⁸⁹.

Nesse sentido, para invocar a jurisdição do STF, não se revela como adequado o uso da via da reclamação constitucional, como meio idôneo para a fiscalização da (in) observância de uma súmula vinculante, quando a violação da súmula decorre de medida provisória. A inidoneidade da reclamação constitucional, manejada contra uma medida provisória, cujo o conteúdo semântico viole verbete sumular vinculante, induz carência de ação da reclamação, caso esta venha a ser proposta, por falta de interesse de agir, na modalidade inadequação da via eleita.

⁸⁸⁷ “Nenhuma dúvida subsiste sobre a admissibilidade do controle abstrato em relação às medidas provisórias”. (MARTINS; MENDES. Cit., p. 220/221).

⁸⁸⁸ “Saulo Ramos afirma que a medida provisória seria um ‘projeto com força cautelar de lei’, a exigir o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (RAMOS, Saulo. *A medida provisória in A Nova Ordem Constitucional: aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 153)”. (PEÑA DE MORAIS, cit., p. 509).

⁸⁸⁹ “...não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe torna definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da arguição de invalidade (ADI 691-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19 jun. 1992, p. 9519-20)”. (MARTINS e MENDES, **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, cit., p. 222).

Nada obsta, no entanto, o manejo de reclamação constitucional contra ato público concreto, judicial ou administrativo, produzido com fundamento em medida provisória com conteúdo semântico contrário ao verbete sumular vinculante. Neste caso, assim como ocorre na hipótese de lei formal, que tenha servido de fundamento para edição do ato concreto, a constitucionalidade da medida provisória será aferida como incidente da reclamação constitucional proposta, que se prestará à cassação do ato judicial ou à anulação do ato administrativo, que tiverem sido fundamentados em uma medida provisória.

A mesma inteligência se aplica às leis delegadas. Estas são editadas pelo Presidente da República, mediante prévia autorização do Congresso Nacional, que o faz por meio de Resolução, nos termos do processo legislativo constitucional⁸⁹⁰.

O debate sobre a natureza jurídica das leis delegadas revela-se estéril para os fins aos quais se propõe este estudo, porque pouco importa se a lei delegada é lei estrito senso ou se é ato normativo do Poder Executivo, para se concluir pela natureza jurídica de norma infraconstitucional primária, afeita a esta espécie normativa, ou seja, lei em sentido lato.

Portanto, não cabe reclamação constitucional que tenha como objeto a invalidez de lei delegada, cujo conteúdo semântico afronte o disposto em uma súmula vinculante. É que, independentemente de ter natureza jurídica de lei formal ou de lei em tese, a lei delegada constitui ato normativo infraconstitucional primário, razão por que se afasta a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional (contra a lei delegada em si), embora sua constitucionalidade (da lei delegada) possa ser aferida como incidente de reclamação constitucional, manejada contra ato concreto, produzido com fundamento na lei delegada em comento.

É dizer, a lei delegada emerge de função atípica do Poder Executivo, com evidente caráter legiferante, pelo qual se produz norma infraconstitucional primária, cujas abstração e generalidade apontam no sentido de que sua invalidez (da lei delegada) só pode ser declarada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, caso haja confronto semântico entre esta espécie normativa e uma norma constitucional; afastando assim a idoneidade da propositura de reclamação constitucional, na hipótese da incompatibilidade de conteúdo se dar entre lei delegada e súmula vinculante, posto que a lei delegada não é ato administrativo estrito senso e que a reclamação constitucional não se presta à fiscalização judicial da constitucionalidade de lei em sentido lato.

Isso porque os efeitos de uma súmula vinculante, editada pelo STF, se irradiam somente sobre os atos administrativos estrito senso, inclusive atos administrativos que não emanam do Poder Executivo, como produto do exercício de função administrativa atípica dos outros dois Poderes da República. Pelo mesmo motivo, muito embora sob

⁸⁹⁰ “Entre as espécies normativas enumeradas no art. 59 da Constituição figuram as leis delegadas. Por meio delas, o Chefe do Executivo exerce o poder que recebeu, temporariamente, do Legislativo de editar normas primárias em caso específico”. (MENDES e BRANCO, cit., p. 1019).

outra perspectiva, não há falar em irradiação dos efeitos vinculantes de súmula sobre atos legislativos lato senso, tais como leis delegadas, porque estes atos são revestidos de natureza jurídica de norma infraconstitucional primária, ainda que não produzidos pelo Poder Legislativo.

Raciocínio similar se faz no que concerne à colisão de conteúdo semântico entre uma súmula vinculante do STF e um decreto autônomo, pois é sabido que este é ato do chefe do Executivo, que tem como fim a organização e o funcionamento da Administração Pública, e que possui evidente conteúdo abstrato-normativo⁸⁹¹.

O decreto autônomo é uma espécie normativa, editada pelo Poder Executivo, que retira sua validade diretamente do texto constitucional, e não de uma lei, como ocorre com o decreto-regulamento. Ou seja, o decreto autônomo não se presta a regulamentar lei, em sentido formal; daí por que essa espécie normativa também compõe o bloco de legalidade no direito brasileiro, tendo natureza jurídica de norma infraconstitucional primária; enquanto o decreto-regulamento tem natureza jurídica de norma infraconstitucional secundária⁸⁹².

Conforme o disposto no artigo 84, inciso VI, da Constituição da República, compete ao Presidente da República privativamente a edição de decreto autônomo. Embora a norma constitucional em comento se refira, especificamente, ao Presidente da República; é possível, por força do princípio da simetria, fazer a ilação de que essa competência também é atribuída aos chefes do Poder Executivo, no âmbito estadual e municipal, se assim a constituição do estado-membro ou a lei orgânica do município, dispuserem.

A possibilidade de o Presidente da República poder expedir decreto autônomo “surgiu” expressamente com a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou a redação do inciso VI, do artigo 84. Antes do advento da Emenda Constitucional n. 32, o Presidente da República gozava da iniciativa de lei para dispor a organização da Administração Pública Federal e seu funcionamento, na forma da lei⁸⁹³.

Decretos autônomos não são considerados atos típicos do Poder Executivo – na acepção tradicional da tripartição das funções precípua –, ao contrário, são tidos como

⁸⁹¹ “...compete ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar em aumento de despesa nem criação ou extinção de órgão público, e sobre a extinção de funções e cargos públicos, quando vagos” (CF, art. 84, VI, a e b)”. (**Idem**, p. 1054).

⁸⁹² “A diferença entre lei e regulamento, no direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente fixa as ‘regras orgânicas e processuais destinadas a porem em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinadal’ (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. 1, p. 314 e 316)”.

⁸⁹³ O texto original dispunha: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;”. Fonte: CRFB. MORAES, Alexandre de (organizador). São Paulo: Editora Atlas, 41. ed., 2015.

produto de função atípica desse Poder da República, uma vez que não ostentam natureza regulamentar. Eis por que são considerados atos normativos infraconstitucionais primários, pois o fundamento de validade desses atos encontra abrigo diretamente na Constituição da República.

Dessa forma, em conformidade com a ordem constitucional brasileira, os decretos autônomos têm o condão de, excepcionalmente, e dentro dos limites determinados na Constituição, inovar a ordem jurídica, possuindo efeitos análogos ao de uma lei ordinária. Nesse sentido, ao ser editado um decreto autônomo, no qual se afronte um entendimento consolidado pelo STF em uma súmula vinculante, entende-se como incabível o manejo de reclamação constitucional contra o decreto em si, remanescendo a possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade genérica, desde que o decreto autônomo viole conteúdo semântico de norma constitucional posta, de cuja interpretação reiterada do STF originou o enunciado sumular vinculante.

Por oportuno, a jurisprudência e doutrina admitem o controle da constitucionalidade do decreto autônomo, sob o argumento de que, se o ato extrapolar os limites impostos pela Constituição da República, essa espécie normativa deve ser considerada inconstitucional. Em outras palavras, um decreto autônomo possui limites materiais elencados no próprio texto constitucional e, caso haja uma extensão temática em seu conteúdo, torna-se antinômico à Constituição, por ferir o princípio da reserva legal⁸⁹⁴.

No que toca às resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, tem-se que, mesmo que não se tratem de leis em sentido formal, tendo em vista que não estão sujeitas ao processo legislativo, essas resoluções ostentam natureza jurídica de atos normativos infraconstitucionais primários, posto que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição da República.

No uso do poder normativo que lhes foi atribuído pelo constituinte reformador, por meio do § 4º, inciso I, art. 103-B, e § 2º, inciso I, art. 130-A, ambos da Constituição da República, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) podem expedir atos regulamentares – normativos, portanto – no âmbito de suas competências institucionais, com o fim de controlar a atuação administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, quando sujeitos ao crivo desses conselhos.

A despeito de ostentarem o *status* de atos normativos de cunho fiscalizatório, esses atos têm força de lei, destinando-se, via de regra, à regulação de matérias com menor

⁸⁹⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. DECRETO N. 409, DE 30.12.91. “Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 708-DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República).

amplitude normativa, a partir de situações que emergem da atividade da judicatura e do exercício das atividades do Ministério Público. Logo, tais resoluções estão fora da irradiação dos efeitos da súmula vinculante, exatamente por não terem natureza jurídica de atos administrativos *stricto sensu*.

Por conseguinte, não é cabível o manejo de reclamação constitucional, com o fito de fazer valer a força normativa do direito sumular vinculante, contra resoluções do CNJ ou do CNMP; eis que essas resoluções são atos que, ainda que emanados da Administração Pública, não constituem atos administrativos *stricto sensu*; posto que, têm natureza jurídica de norma infraconstitucional primária (lei em tese), conforme entendimento firmado acima, pelo que, desafiam ação direta de inconstitucionalidade⁸⁹⁵.

Assim, medidas provisórias, leis delegadas, decretos autônomos, resoluções do CNJ ou do CNMP, podem ser objeto do controle abstrato/concentrado da constitucionalidade, porque são normas infraconstitucionais primária e integram o bloco de legalidade no direito brasileiro. No mesmo sentido, não cabe o manejo de reclamação constitucional contra esses atos normativos, máxime se cogita da possibilidade de controle incidental da constitucionalidade dos atos em comento, em sede de reclamação constitucional para a preservação da autoridade de uma súmula vinculante, desde que a ação reclamationária tenha como objeto ato concreto, judicial ou administrativo, editado com arrimo em um desses atos normativos.

Nesse diapasão, se a reclamação constitucional, manejada para preservação da autoridade de uma súmula vinculante, contra ato administrativo, editado com arrimo em medida provisória, ou lei delegada, ou decreto autônomo, é capaz de desconstituir o ato concreto; então a súmula vinculante vincula a produção legiferante atípica de outros Poderes da República.

Saliente-se, por oportuno, que, vincular a Administração Pública não é o mesmo que vincular o Poder Executivo, até porque o fato de a atividade administrativa se constituir em função precípua do Poder Executivo, este não se confunde com a Administração Pública, haja vista que o Poder Executivo é órgão de soberania da República do Brasil, como o é em qualquer Estado democrático de direito⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ “A amplitude do poder normativo do CNJ certamente ainda será matéria de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O tema foi objeto da ADI 4.658-MC, que questiona a constitucionalidade da Resolução n. 135, de 13 de julho de 2011, que dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados”. (MENDES e BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 1152).

⁸⁹⁶ “O *Presidente da República* é simultaneamente, um órgão inserido no complexo de órgãos investidos pela colectividade para desenvolverem as funções do Estado (Estado-pessoa) e um órgão que funcionalmente, interfere na comunidade, no povo localizado num território e ordenado através de um sistema institucional (Estado-comunidade). *Estado* é reconhecidamente um conceito polissêmico e complexo. Quando ele é o *referente* do órgão *Presidente da República* é-o numa acepção constitucional, ou usando a terminologia de Freitas do Amaral, é o ‘Estado-entidade constitucional’, que atende, simultaneamente, aos ‘dois aspectos de uma realidade’: ‘institucionalização do Poder’, ou seja, ‘existência de órgãos’ mas, também, ‘organização da comunidade’, ‘comunidade na qual se exerce um poder em seu nome’”. (VEIGA, cit., p. 230).

Nesse contexto, os atos normativos infraconstitucionais primários, editados pelo Poder Executivo, quase todos fundamentados em permissivos constitucionais constantes do texto original da Constituição República, devem estar imunizados da irradiação dos efeitos vinculantes da súmula, e o estão porque integram “bloco de legalidade”. Aliás a função normativa do Poder Executivo não é primazia da República do Brasil, inclusive porque o poder/dever de legislar *lato sensu* já fora primazia do chefe de governo⁸⁹⁷.

Disso decorre que a possibilidade de uma súmula vinculante afetar atos normativos infraconstitucionais primários, por via transversa, através do manejo de reclamação constitucional, perante o STF, para desconstituir atos concretos derivados dessas espécies normativas, induz a inconstitucionalidade do direito sumular vinculante, por afronta a independência do Poder Executivo, cujas competências normativas só poderiam ser limitadas, pela via de emenda constitucional, a favor do Poder Legislativo, que detém a função precípua (e típica) de legislar; nunca por reforma da Constituição que permita, ainda que de forma oblíqua, o agigantamento do Poder Judiciário em detrimento das prerrogativas constitucionais do Poder Executivo.

12.4. Reflexão acerca da supressão ou modificação de súmula vinculante em virtude de emenda constitucional

Hodiernamente, o Congresso Nacional reforma a Constituição de 1988, pela via formal de emenda constitucional, nos termos do processo legislativo, traçado no art. 60 do texto constitucional vigente⁸⁹⁸, de maneira que o direito constitucional brasileiro possa acompanhar as transformações políticas, sociais e econômicas da sociedade brasileira.

É cediço que a Constituição de 1988 também previu o mecanismo formal de revisão constitucional, nos termos do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A assembleia revisional, prevista para acontecer uma única vez, foi instalada exatos cinco anos após a promulgação da Constituição, tendo produzido apenas seis emendas de revisão. Não há, portanto, hipótese constitucional de haver outra revisão constitucional⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷ “Nos termos em que o tratadista do Século XVI vazou a sua doutrina, o direito de legislar compete ao Estado personificado no monarca, identificado como o rei, cujos os poderes não são absolutos, mas limitados por uma série de deveres para com o direito natural, para com os costumes do reino, para com as exigências da convivência internacional”. (REALE, cit., p. 350).

⁸⁹⁸ “Feita a digressão doutrinária é bem de ver que a generalidade das Constituições dita regras específicas acerca do procedimento a ser seguido para modificação de seu texto em via institucional. No Brasil, a Carta em vigor aponta as pessoas e órgãos que tem legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo, ainda, na tradição nacional de rigidez constitucional, as seguintes regras: a) discussão e votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa (art. 60, I, II, III e § 2º)”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2006, p. 65).

⁸⁹⁹ “A expressão *reforma* constitucional é, na tradição do direito positivo brasileiro de quatro Repúblicas constitucionais, o gênero de que se infere num momento mais adiantado de evolução técnica do nosso constitucionalismo as duas modalidades básicas de mudança, a saber, a *emenda* e a *revisão*, esta última,

Há ainda um meio não formal de mudança constitucional, que se dá pela via de interpretação evolutiva que os tribunais constitucionais dão ao texto constitucional positivado, já que estes tribunais são simultaneamente guardiões e interpretes últimos das constituições. Trata-se da mutação constitucional⁹⁰⁰, que no Brasil se revela através dos julgados do STF, ao qual a Constituição da República atribuiu a competência jurisdicional abstrato-concentrada de fiscalização da constitucionalidade e recursal extraordinária – através desta, o Tribunal atua como revisor da aplicação do direito constitucional pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Sem embargo de haver fiscalização incidental da constitucionalidade nos processos de competência originária – diversa da competência para julgar ações do controle concentrado – ou recursal ordinária do STF.

Em regra, as mutações constitucionais se manifestam em julgados, através dos quais a interpretação pode alterar o sentido da norma constitucional, sem que haja alteração do texto constitucional positivado⁹⁰¹. O mesmo fenômeno ocorre tanto na jurisdição constitucional abstrata, quanto na jurisdição constitucional concreta, e, qualquer que seja a modalidade de controle, é na razão de decidir que se manifesta a mutação constitucional.

Não se deve olvidar que a mutação constitucional não é o meio ordinário de se reformar a Constituição, sem embargo de o STF não poder deixar de julgar o que é de sua competência – em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º da Constituição da República) –, e muitas vezes no desempenho desse dever que lhe é imposto pela Constituição, o Tribunal deva adaptar o texto constitucional positivado à realidade fática⁹⁰². Contudo, esta não deve ser a regra, daí porque não deva ser a mutação constitucional banalizada.

A doutrina brasileira e também a portuguesa fazem severas críticas à mutação constitucional ilegítima⁹⁰³. Para seus maiores críticos, o limite da mutação constitucional é o conteúdo semântico da norma que, de forma alguma pode ser frontalmente

eixo de uma controvérsia provocada em virtude do singular entendimento com que busca ultimamente edefinir o alcance do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta, Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2004, p. 56).

⁹⁰⁰ “A chamada *mutação constitucional* ou *interpretação constitucional evolutiva*, ao contrário dos procedimentos de emenda e revisão, cuida-se de processo *não formal*, de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, costumes, interpretação judicial e doutrinária” (CUNHA Jr, **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 233).

⁹⁰¹ “A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma de texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes nas mentes dos constituintes”. (BARROSO, **Interpretação e aplicação da Constituição**, cit., p. 146).

⁹⁰² “É razoável afirmar, nesse contexto, que a força normativa da Constituição – e, se assim se quiser, o seu papel dirigente e compromissório – sempre teve *uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais-sociais previsto na Lei Maior*”. (STRECK, **Verdade e Consenso**, cit., p. 23).

⁹⁰³ “Claro que sempre haverá temores em relação a esse ‘intervencionismo’ da justiça constitucional...” (Idem, p. 23).

confrontado pelo interprete da Constituição, mesmo em se tratando de um tribunal constitucional⁹⁰⁴.

Defende-se nesse trabalho que a limitação material para reformar a Constituição, pela via de emenda constitucional, se aplica à mutação constitucional, pela via de interpretação evolutiva. Ora, se não pode haver deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir aquilo que foi petrificado pelo constituinte originário, com maior razão não pode haver mutação constitucional a afetar aquilo que se petrificou – as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição da República⁹⁰⁵.

É através das emendas constitucionais, que o Congresso Nacional, investido do poder de constituinte derivado reformador, tem competência legiferante para modificar ou suprimir paradigma constitucional, no qual se assentou a súmula vinculante. Sendo assim, devido a modificação ou a superação do parâmetro de confronto, de natureza constitucional; por óbvio, não será possível mais aferir a (in) constitucionalidade de determinado ato concreto (judicial ou administrativo), tendo como base a interpretação consolidada em um enunciado sumular vinculante, cujo fundamento para sua edição tiver sido uma norma constitucional revogada ou modificada⁹⁰⁶.

Interessa para este estudo, o eventual confronto semântico entre verbete sumular vinculante, que contenha ou não mutação constitucional, e emendas constitucionais editadas pelo Congresso Nacional brasileiro, após a edição do enunciado sumular. Pois, já se firmou o entendimento de que a súmula vinculante não vincula o legislador (expressamente), e nem o próprio STF, por expressa disposição constitucional, que dispôs que o efeito vinculante da súmula se irradia no âmbito da Administração Pública e de outros órgãos do Poder Judiciário, razão por que só cabe manejo de reclamação

⁹⁰⁴ “Perspectivas diferentes se deve adoptar quanto as tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos*, pretenda ‘constitucionalizar’ uma alteração constitucional numa inequívoca contradição com a *constitutivo scripta*. Algumas concepções que defendem a ideia de constituição como *concentrado* de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, apontam para a necessidade de *interpretação constitucional de acordo com as leis*, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões económico-sociais. Esta *leitura da constituição de baixo para cima*, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à *derrocada* interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma *constituição legal* paralela, pretensamente mais próxima dos momentos ‘metajurídicos’, (sociológicos e políticos). Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 1230).

⁹⁰⁵ “Na Constituição Federal de 1988, as limitações matérias explícitas estão previstas nos art. 60, § 4º, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendente a abolir* a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; à separação dos poderes e os direitos e garantias individuais”. (CUNHA Jr., **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 226).

⁹⁰⁶ “Igual situação ocorre quando há mudança do parâmetro constitucional, o que induz a uma superação da súmula”. (SHÄFER, cit., p. 107).

constitucional, em tese, para preservação conteúdo sumular vinculante contra atos administrativos (estrito senso) e contra decisões judiciais não oriundas do STF.

Em que pese seja defensável caber controle incidental da constitucionalidade de lei superveniente, que for contrária ao conteúdo semântico de uma súmula vinculante, como incidente de reclamação constitucional, cujo objeto seja a desconstituição de ato público concreto, fundado na aludida lei e, portanto, contrário à súmula; o paradigma de confronto, para aferição da validade da lei superveniente e semanticamente contrária à súmula vinculante, é a norma constitucional paradigmática, a partir da qual, em razão de diversos julgados do STF, proferidos em sede de controle concreto, o Tribunal editou súmula vinculante; e não a súmula vinculante em si.

O que não cabe é reclamação contra lei em tese, posto que uma lei só pode ser atacada diretamente, pela via de controle judicial abstrato/concentrado da constitucionalidade, ou seja, pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade genérica. Então, o manejo de reclamação para preservação da autoridade de uma súmula vinculante só é lícito contra o ato público concreto arrimado na lei, cujo conteúdo semântico tenha afrontado uma súmula vinculante.

Entretanto, remanesce o debate quanto à emenda constitucional superveniente, cujo conteúdo semântico se confronta com o disposto em verbete sumular vinculante editado pelo STF.

Se a Constituição da República imunizou o Poder Legislativo da irradicação do direito sumular vinculante, em sua produção legiferante ordinária (leis ordinárias, leis complementares, decretos legislativos e resoluções do Congresso Nacional); obviamente, não se pode cogitar que se admita que o Congresso Nacional não possa editar emenda constitucional contrária ao conteúdo semântico de verbete sumular com força vinculante, já que para esta tarefa, o Congresso Nacional está investido poder/dever de reforma constitucional, que, por força da hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro, se reveste de uma importância maior do que a nomogênese infraconstitucional primária⁹⁰⁷.

É que se a súmula vinculante não constitui paradigma em si, para aferição de validade vertical de norma infraconstitucional primária (controle da constitucionalidade)⁹⁰⁸, com maior razão a mesma (súmula) não pode ser parâmetro para

⁹⁰⁷ Sobre o aspecto material da rigidez constitucional, cf.: Canotilho: “O Estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo – estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 245/246).

⁹⁰⁸ “As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional”. (BARROSO, **Interpretação e aplicação da constituição**, cit., p. 370).

controle da constitucionalidade de norma constitucional, posta na Constituição por via de emenda constitucional (aferição de validade normativa horizontal).

Até porque uma emenda constitucional pode vir a revogar a norma constitucional paradigmática, a partir da qual se editou verbete sumular vinculante, decorrente de reiterados julgados do STF, prolatados em sede de controle difuso, e nos quais essa norma constitucional paradigmática (revogada) serviu de parâmetro para aferição da constitucionalidade em processos concretos, cujos julgados ensejaram a formação da súmula vinculante.

No sentido do que se expôs acima, caso a emenda constitucional superveniente à edição de súmula vinculante – e de conteúdo semântico contrário ao desta – não contenha vício de inconstitucionalidade, essa súmula, editada pelo STF, perecerá⁹⁰⁹; porque terá sido revogada a norma constitucional paradigmática, a partir da qual o Tribunal editou o verbete sumular vinculante; haja vista ter sido essa norma o paradigma da interpretação constitucional reiterada do Tribunal, em sede de controle concreto; interpretação esta que se consolidou através da edição de súmula vinculante.

E não há falar em violação dos dispositivos constitucionais sobre revogação, supressão e modificação de súmula vinculante, segundo os quais tal competência é exclusiva do STF⁹¹⁰. O que se trata aqui é do perecimento da súmula vinculante (e não de revogação de súmula vinculante pelo Congresso Nacional), que pode se dar em razão da revogação da norma paradigmática constitucional, a partir da qual, após reiterados julgados seus, o STF editou súmula com efeito vinculante, de forma a consolidar essa interpretação, vinculando a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário.

De outro giro, sabe-se que as emendas constitucionais estão sujeitas ao controle judicial da constitucionalidade, por via direta e indireta, desde que, em hipótese, a emenda constitucional tenha infligido o processo legislativo atinente a sua produção⁹¹¹, ou tenha confrontado conteúdo semântico de cláusula pétreia (limitação material explícita ao poder

⁹⁰⁹ “Em linguagem mais formalizada, pode-se dizer que Súmula ‘SV Y’ tem como parâmetro constitucional a ‘PC 1’; este parâmetro, por sua vez, foi sucedido pelo parâmetro ‘PC2’. Ora, se ‘PC2’ for inconstitucional por infringir o processo legislativo constitucional ou por ferir cláusula pétreia será nullo, logo permanece a aplicação do parâmetro anterior que deu origem à Súmula e esta permanece com seu efeito vinculante”. (SCHÄFER, **Súmula Vinculante**, cit., p. 107).

⁹¹⁰ “Art. 103-A. **Compete ao Supremo Tribunal Federal...** [...]. § 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, **a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula** poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade”. (_______ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – texto incluído pela Emenda Constitucional n.45, de 31 de dezembro de 2004).

⁹¹¹ “Feita a digressão doutrinária, é bem de ver que a generalidade das Constituições dita regras específicas acerca do procedimento a ser seguido para a modificação de seu texto em via institucional. No Brasil, a Carta em vigor aponta as pessoas e órgãos que têm legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo ainda, na tradição nacional de rigidez constitucional, as seguintes regras: a) discussão e votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa (art. 60, I, II, III e § 2º)”. (BARROSO, **Interpretação e aplicação da constituição**, cit., p. 65/66).

constituente derivado reformador), e ainda revogue as normas pertinentes à elaboração das emendas constitucionais, previstas pelo constituinte originário com a finalidade de limitar o poder de reforma constitucional (limitação material implícita ao poder de reforma constitucional)⁹¹².

Nestes casos, se a emenda constitucional superveniente à edição de súmula vinculante padecer de vício formal ou material de constitucionalidade, implícito ou explícito, pode o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da emenda (inclusive em sede de reclamação constitucional), como incidente de processo concreto, e confirmar, por conseguinte, a efetividade da súmula vinculante, que não teria perecido diante da não revogação do paradigma normativo constitucional, a partir do qual aquela (súmula) foi editada, em razão da inidoneidade da emenda constitucional na hipótese⁹¹³.

Quanto à reclamação constitucional para preservação do conteúdo de súmula vinculante. Não obstante tenha havido edição de emenda constitucional, superveniente à súmula vinculante e que revogue norma constitucional paradigmática, a partir da qual se editou o verbete sumular vinculante, caso a emenda constitucional seja inconstitucional em tese, esta pode ser objeto de incidente de inconstitucionalidade no bojo da reclamação constitucional – manejada contra ato concreto, com o fito de se fazer cumprir a súmula vinculante. O que não pode, repise-se, é o manejo da reclamação contra emenda constitucional, diretamente.

Acrescente-se que, se uma emenda constitucional for objeto de ação direta de inconstitucionalidade, na qual tenha sua eficácia suspensa, por força de medida cautelar concedida no curso da ADI, não há falar em perecimento da súmula vinculante, posto que o efeito revogador da norma constitucional paradigmática, que deu origem à súmula vinculante, estará suspenso⁹¹⁴.

É dizer, emenda constitucional, que afeta clausula pétrea, não tem o condão de revogar norma constitucional paradigmática, que serviu de parâmetro para a edição de súmula vinculante, porque a inconstitucionalidade dessa emenda constitucional atinge o seu efeito revogador relativamente à norma constitucional paradigmática, a partir da qual se editou súmula vinculante.

Mas não é somente o vício de constitucionalidade material que impede o perecimento da sumula vinculante, por emenda constitucional, que revogou a norma constitucional paradigmática, a partir da qual se originou a súmula vinculante; o vício

⁹¹² “A doutrina vem aceitando a existência das limitações implícitas ao poder de reforma constitucional para afastar do alcance daquele poder as seguintes matérias: (i) ‘as concernentes ao titular do poder constituinte’ [...]; (ii) ‘as referentes ao titular do poder reformador, [...]’; (iii) ‘as relativas ao processo da própria emenda [...]’ (CUNHA Jr., **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 228).

⁹¹³ “É bem de ver, no entanto, que as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos do Texto Constitucional acima noticiados. Se os violar, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e podem ter pronunciada a sua inconstitucionalidade”. (BARROSO, **Interpretação e aplicação da constituição**, cit., p. 65/66).

⁹¹⁴ “A liminar, uma deferida, terá o efeito de suspender a aplicação da lei” (MARINONI in: SARLET, MARINONI e MITIDIERO, cit., p. 1031).

formal de emenda constitucional também induz inconstitucionalidade, de modo a afastar o perecimento da súmula vinculante.

Obviamente, que a súmula deverá ser revogada pelo STF, na hipótese de revogação, por emenda constitucional, do paradigma interpretativo que a originou. Mas, caso o STF não o faça, ainda assim nenhuma reclamação constitucional poderá prosperar se houver violação em tese da súmula, porque o STF (plenário) não está mais vinculado às suas próprias súmulas vinculantes, motivo pelo qual o próprio Tribunal pode julgar improcedente o pedido formulado na reclamação constitucional, uma vez que tanto a Administração Pública, quanto os demais órgãos do Poder Judiciário, estarão desobrigados de obedecer a súmula vinculante, cujo paradigma constitucional que a originou tenha sido revogado. Sem embargo de se assinalar que é dever do STF proceder o cancelamento da súmula vinculante, em caso de revogação ou de modificação substancial da norma paradigmática constitucional, que deu origem à súmula, por emenda constitucional superveniente⁹¹⁵.

⁹¹⁵ “Em nosso sistema, a súmula vinculante foi instituída para ter grau hierárquico superior ao da legislação. Essa deturpação deve ser corrigida com a possibilidade de se viabilizar o controle difuso de constitucionalidade da súmula, tal como demonstramos”. (ABBOUD, cit., p. 372/373).

Conclusão

Esta pesquisa teve como proposta investigar o processo de abstrativização do controle jurisdicional difuso da constitucionalidade no Brasil, no que tange a aproximação dos efeitos dos julgados, provenientes dos dois métodos de fiscalização judicial da constitucionalidade, adotados pelo direito constitucional brasileiro, tendo em vista a possibilidade de a súmula vinculante ser capaz de induzir a vinculação do legislador ordinário à razão de decidir das decisões do controle concreto da constitucionalidade; em que pese seja cediço, que o texto constitucional brasileiro positivado imunizou expressamente o Poder Legislativo do alcance dos efeitos de verbete sumular súmula vinculante.

Preliminarmente, fez-se uma análise do papel decisivo do constitucionalismo, dos Séculos XVIII e XIX, na construção do princípio da supremacia constitucional, como fundamento da afirmação da força normativa da constituição, de maneira a ter provocado a reconfiguração do conceito de Estado democrático de direito, a partir da submissão da lei às regras e aos princípios constitucionais; de forma a ter ressignificado o princípio da legalidade, que é corolário do Estado democrático de direito, para se entender que a legalidade, com o advento do constitucionalismo, há de ser uma legalidade constitucional.

Diante disso, os Estados democráticos de direito passaram a instituir sistemas de defesa de suas constituições, em face da atuação do legislador ordinário. Contudo, tão logo surgiram as técnicas constitucionais de defesa das constituições, houve questionamentos quanto à legitimidade da desses institutos constitucionais, em face dos princípios democrático e da tripartição dos Poderes, que se agregam às democracias contemporâneas, como princípios fundantes do Estado democrático de direito.

No que pertine ao princípio democrático, que se imbrica necessariamente com o constitucionalismo, constatou-se que, o sistema jurisdicional de defesa da constituição não o agride, mesmo sendo a jurisdição constitucional necessariamente contramajoritária, razão pela qual o Poder Judiciário atua como legislador negativo.

É que se firmou o entendimento de que o critério da majoritariedade se constitui em uma técnica constitucional de decidibilidade política, nos Estados democráticos de direito, não encerrando em si o conceito de democracia; eis por que o sistema jurisdicional de defesa da constituição será democrático, na medida em que repelir leis que, apesar de votadas pela maioria, não se revelarem democráticas, por terem afetado direitos fundamentais das minorias e das maiorias não representadas (maiorias desorganizadas), inclusive o direito de representação política desses segmentos da sociedade politicamente organizada.

É dizer, o constitucionalismo também ressignificou o conceito de democracia, que, antes do movimento constitucionalista, se confundia com governo da maioria. Então,

com a consolidação do constitucionalismo, há um consenso jurídico/doutrinário de que democracia significa governo de todos, com atuação política de todos, e voltado para todos, maiorias e minorias, vencedores e vencidos. Democracia não é governo dos vencedores, e não pode significar uma tirania da maioria.

Neste contexto, a jurisdição constitucional, mesmo sendo contramajoritária, é um mecanismo indispensável à defesa da democracia, sobretudo por se revelar como uma ferramenta ineludível para a preservação dos valores insertos na constituição de um Estado democrático de direito.

No que tange ao princípio constitucional da tripartição orgânica do Poder, os sistemas de defesa da constituição foram juridicizados, em consonância com o grau de importância que esse princípio ostenta em cada sociedade política; bem como em face do princípio da supremacia do parlamento, na contramão do princípio da supremacia da constituição.

A partir da análise do direito comparado, tem-se que nas sociedades políticas onde vige o princípio da supremacia do parlamento, ou o sistema de controle da constitucionalidade é eminentemente político, até mesmo na sua vertente repressiva (França); ou não há sistema de defesa da constituição, porque a constituição é flexível, como consequência da supremacia do parlamento (Reino Unido), em um grau capaz de anular o princípio da supremacia constitucional, em sua vertente formal.

Foi constatado também que nos países cujo o sistema jurídico é de origem romano-germânica, países do *civil law*, onde há o mecanismo jurisdicional de defesa da constituição, via de regra, o método de controle judicial da constitucionalidade é o abstrato/concentrado, exclusivamente. Brasil, Grécia e Portugal são exceções. Nos países do *common law*, onde há defesa jurisdicional da constituição (EUA), esta se dá pelo método difuso/concreto de fiscalização judicial da constitucionalidade.

Oportuno registrar que o método, pelo qual se faz o controle judicial da constitucionalidade em um determinado ordenamento jurídico, não só tem a ver com o sistema jurídico, adotado pelo país, como também guarda íntima relação com a força que o princípio constitucional da independência dos poderes tem em cada sociedade politicamente organizada.

Onde o dogma da separação dos Poderes é mais arraigado nos valores políticos da sociedade, a fiscalização judicial da constitucionalidade se dá de forma abstrata/concentrada, sendo de competência exclusiva um tribunal constitucional, geralmente apartado do Poder Judiciário, conforme a concepção kelseniana, arquitetada para não desprestigiar o princípio da tripartição orgânica do poder, uma vez que o tribunal constitucional não é um de órgão de jurisdição ordinária, a atuar como legislador negativo, desconstituindo uma lei votada pelo Poder Legislativo.

De outro giro, nas sociedades políticas nas quais o dogma da separação dos poderes sofreu alguma mutação, e nas sociedades nas quais não há supremacia do

parlamento – em nenhum grau–, sem embargo de haver o princípio da legalidade, como um dos pilares de qualquer Estado democrático de direito; o princípio da supremacia constitucional é fundamento para a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade, haja vista que o *judicial review* é de fácil aceitação nessas sociedades políticas, em que há também uma confiança maior na magistratura de carreira.

Superada esta fase preliminar, a pesquisa adentrou no sistema de defesa da Constituição, adotado no Brasil, uma vez que se trata de uma tese de doutoramento, a ser apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que versa sobre um instituto jurídico eminentemente brasileiro, que se deu, portanto, em um ordenamento jurídico estrangeiro.

Na primeira Constituição republicana, de forte influência do Estados Unidos, o Brasil adotou o método difuso de controle jurisdicional da constitucionalidade, que, até então, era o único método de defesa judicial da constituição existente no direito constitucional comparado. Contudo, apesar adoção do modal norte-americano de defesa da constituição, pelo direito constitucional brasileiro, as decisões finais, tomadas em sede de processos concretos, pelo STF, na fiscalização judicial da constitucionalidade, no Brasil, não tinham eficácia transcendente; porque o direito constitucional brasileiro não importou de pronto a doutrina do *stare decisis* dos Estados Unidos, junto com o modelo difuso de jurisdição constitucional, permanecendo, neste ponto, fiel à cultura jurídica europeia do respeito ao dogma da separação do poderes, próprio dos países da *civil law*.

Com a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1934, surgiu a possibilidade de se agregar eficácia transcendente às decisões finais do STF, proferidas em sede de jurisdição constitucional concreta, com a atuação do Senado Federal, órgão ao qual coube a competência para retirar a eficácia de lei declarada inconstitucional, em última instância, pelo STF; bem como, surgiu a representação por inconstitucionalidade interventiva, ação embrionária do controle judicial abstrato da constitucionalidade, no direito constitucional brasileiro.

Registe-se que se identificou, neste trabalho, a semelhança entre a prerrogativa que se deu ao Senado Federal do Brasil, como o papel desempenhado pela Câmara dos Lordes, no Reino Unido, no que tange a uniformização do *stare decisis*, na Grã-Bretanha.

Mesmo com o advento do controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade *stricto sensu*, inserido no direito constitucional brasileiro, através da Emenda Constitucional n.01 à Constituição de 1967, que instituiu a ação direta de inconstitucionalidade genérica; e com o robustecimento dessa modalidade de fiscalização judicial da constitucionalidade, a partir da Constituição de 1988, notadamente com a ampliação do rol dos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, com a constitucionalização da reclamação constitucional, com a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, finalmente, com a instituição da ação declaratória de constitucionalidade – cuja disciplina jurídica dada pela Emenda Constitucional, n.3/93, previu, pela primeira vez, o efeito vinculante decorrente de uma decisão do STF (no controle abstrato/concentrado), de forma expressa –; não houve

aproximação imediata entre os dois métodos judiciais de controle da constitucionalidade no Brasil, tal qual ocorreu nas duas últimas décadas, quanto aos efeitos e eficácia das decisões finais do STF.

O fenômeno da abstrativização da fiscalização jurisdicional difusa da constitucionalidade no Brasil é relativamente novo. Pois, o sincretismo dos efeitos das decisões finais, tomadas pelo STF, nos controles difuso e concentrado, começou a ganhar corpo em meados dos anos de 1990 e início da década seguinte.

Isso se deu gradativamente, com a juridicização do incidente de uniformização de jurisprudência; dos embargos de divergência; do julgamento por amostragem de casos paradigmáticos nos recursos especiais repetitivos de competência do STJ; e, ainda, pela institucionalização da súmula vinculante e cláusula de repercussão geral, como condição para a interposição e o conhecimento do recurso extraordinário.

Indubitavelmente, o maior salto dado no curso do “processo de abstrativização do controle judicial concreto/difuso da constitucionalidade no Brasil” ocorreu com a criação da súmula vinculante, pela Emenda Constitucional n. 45, de 31/12/2014.

Esta Emenda Constitucional é emblemática não somente pela institucionalização do direito sumular vinculante brasileiro, mas também por conta dos novos contornos que se deu ao recurso extraordinário, para cujo conhecimento se passou a exigir a cláusula de repercussão geral, com a qual se constitucionalizou a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões do controle concreto da constitucionalidade no Brasil, como fundamento da abstrativização da fiscalização concreta da constitucionalidade.

Tanto a aplicação autônoma da teoria da transcendência dos motivos determinantes quanto a técnica de modulação dos efeitos das decisões judiciais, proferidas pelo STF na fiscalização judicial da constitucionalidade, foram ferramentas essenciais para afirmação da força normativa da Constituição, com forte marca de uma atitude mais proativa do Tribunal, razão pela qual serviram também para fundamentar o ativismo judicial, que é a degeneração da afirmação da força normativa da constituição.

A cláusula de repercussão geral, como condição para a interposição de recurso extraordinário, depende de com dois requisitos para sua aferição: relevância e transcendência da matéria constitucional debatida no recurso. O requisito da relevância passou a funcionar como filtro, para a propositura do recurso extraordinário; e o requisito da transcendência, serviu de fundamento para a eficácia transcendente das decisões finais, prolatadas pelo STF, em sede de recurso extraordinário.

A eficácia transcendente do recurso extraordinário revelou-se como o verdadeiro signo da adoção da doutrina do *stare decisis* na jurisdição constitucional brasileira e se constitui num aceno do direito brasileiro ao sistema jurídico do *common law*. Porque aqui sim, se verifica a hipótese do julgamento de uma “causa piloto” (*case law*), pelo STF (*judge made law*), se projetar para o futuro (*law of the land*), de modo a afetar situações

jurídicas similares (*stare decisis*), que venham a ser apreciadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, sem embargo de se estar aplicando normas legais, ou de se estar deixando de as aplicar (*judicial review*), caso haja inconstitucionalidade destas normas. É dizer, não houve um abandono do direito brasileiro ao sistema jurídico do *civil law*.

Não há efeito vinculante nos julgados do recurso extraordinário, daí por que esses julgados não afetam o próprio STF – nem seus membros e tampouco suas turmas – e não se projetam sobre a Administração Pública. Para que haja efeito vinculante, em decisões do STF, prolatadas em sede de recurso extraordinário – mesmo após o advento da cláusula de repercussão geral –, é necessário que o próprio Tribunal edite súmula vinculante ou que o Senado Federal edite resolução senatorial – esta no sentido de retirar a eficácia da norma legal, declarada inconstitucional, no julgamento do recurso extraordinário.

É por esse motivo que este trabalho defende não ter havido mutação constitucional, que teria suprimido a prerrogativa do Senado Federal de retirar (ou não) a eficácia de norma infraconstitucional primária, declarada inconstitucional em última instância pelo STF, atribuindo efeito vinculante à decisão do Tribunal, que tenha sido prolatada em sede de recurso extraordinário, ou em sede de competência constitucional originária do Tribunal – diversa da jurisdição constitucional abstrato/concentrada –, ou em sede recurso ordinário constitucional.

Uma coisa é a eficácia transcendente decorrente do julgado do recurso extraordinário com repercussão geral; outra é o efeito vinculante que pode (ou não) se agregar a este julgado. Isso só possível através de resolução senatorial, nos termos do Art.52, inciso X da Constituição da República; ou após edição de súmula vinculante.

Quanto a competência originária – desafeta das ações da jurisdição constitucional abstrato/concentrada (Art. 102, I, ‘b’ e segs. da Constituição da República)– e a competência recursal ordinária (Art. 102, II) do STF, não se cogita haver sequer eficácia transcendente das decisões proferidas em incidente de constitucionalidade, mesmo após o trânsito em julgado dos acórdão de mérito proferidos pelo Tribunal, nestas hipóteses; porque a eficácia transcendente automática de decisão final do STF somente se dá nos julgamentos dos recursos extraordinários com repercussão geral ou nos julgados do recursos extraordinários repetitivos; ou nos julgamentos das ações do controle abstrato/concentrado, nas quais também ocorre o efeito vinculante.

O disposto no art. 927, IV do CPC/2015 não incide nas decisões proferidas pelo STF, em sede de competência originária desafeta das ações do controle concentrado e/ou em sede competência recursal ordinária, em incidente de constitucionalidade – após o trânsito em julgado dos acórdãos finais –, porque nestes casos não há falar em regulação legal de norma constitucional, que atribuiu eficácia transcendente a essas decisões; como sucedeu com os recursos extraordinários, a partir da inserção da cláusula de repercussão geral na disciplina constitucional desta espécie recursal, por conta do requisito da transcendência da matéria; e como sucedeu com as ações diretas de constitucionalidade, cujo efeito vinculante e a eficácia transcendente sempre decorreram da lógica jurídica-constitucional da fiscalização judicial abstrata da constitucionalidade.

Portanto, para que se agregue eficácia transcendente e efeito vinculante às decisões, proferidas pelo STF em incidente de inconstitucionalidade, julgado em sede de competência originária – desafeta das ações do controle concentrado – ou em sede de competência recursal ordinária, após transitado em julgado do acórdão de mérito, é necessário a edição de súmula vinculante pelo próprio Tribunal; ou a edição de resolução do Senado Federal – neste caso, se lei ou norma federal ou estadual houver sido declarada inconstitucional no incidente.

Ademais, pretender que tenha havido supressão de uma prerrogativa, concedida pelo poder constituinte originário a uma das Casas do Poder Legislativo da União, por mutação constitucional, é admitir uma mutação constitucional ilegítima. No caso em tela, a suposta mutação constitucional seria duas vezes ilegítima: uma, porque se trataria de interpretação constitucional diametralmente oposta ao texto positivado na Constituição da República (Art. 52, inciso X); duas, porque se admitiria reforma constitucional, por via de interpretação constitucional, a afetar uma das cláusulas pétreas da Constituição da República (Art. 60, parágrafo 4º, inciso II), o que não se admite nem mesmo por emenda constitucional.

É certo que há possibilidade de modificação da Constituição pela via de interpretação evolutiva. Deve-se rechaçar, contudo, mutação constitucional que tem como efeito uma leitura diversa da norma constitucional posta. Pois, a mutação constitucional somente será legítima, se o texto constitucional remanescer íntegro, após a interpretação evolutiva da Constituição. O que muda é o sentido do texto interpretado, não se permitindo jamais que da mutação constitucional se extraia um comando normativo diametralmente oposto ao conteúdo semântico que se infere da norma constitucional escrita.

Não é lícito promover mutação constitucional, para que o STF se autoconceda o poder constituinte derivado reformador, função que foi outorgada pelo poder constituinte originário ao Congresso Nacional (Art. 60 da Constituição da República).

É que, ao invocar uma mutação constitucional, para suprimir uma prerrogativa de outro Poder da República, a pretexto de se afirmar a força normativa da Constituição, o STF estar a fazer ativismo judicial, ilegítimo, portanto, uma vez que se trata de indubitosa atribuição a si mesmo, de uma prerrogativa que o texto constitucional vigente atribuiu a outro Poder da República.

A tese de revogação do Art. 52, inciso X da Constituição da República não está inserta no contexto da afirmação da força normativa da Constituição do Brasil. Constitui-se hipótese de ativismo judicial, que é a degeneração da afirmação da força normativa da Constituição, na medida em que o Poder Judiciário pretende, com isso, expandir sua atuação em detrimento de uma prerrogativa do Poder Legislativo, apequenando o papel deste Poder.

Trata-se de um caso evidente de “supremacia judicial”, que nada tem a ver com defesa da Constituição, e com a legitimidade da constitucional da fiscalização judicial da

constitucionalidade. Ao contrário, a “supremacia judicial” flerta com o “governo dos juízes”, agentes políticos não eleitos, e afronta com isso a democracia representativa, na medida em que viola ditames básicos da representatividade política, inerente a esse regime de governo, que foi consolidado no Brasil pela Constituição de 1988.

Em arremate, se o constituinte reformador tivesse chancelado esse atuar ativista do STF, não haveria previsão constitucional de quórum qualificado para edição de súmula vinculante, na Emenda Constitucional n. 45/2004, que institucionalizou o direito sumular vinculante e a cláusula de repercussão geral – esta última para o conhecimento do recurso extraordinário.

Ora, são necessários 2/3 do STF para se editar uma súmula vinculante, ou seja, a anuência de oito dos onze ministros, que compõe o Tribunal. Isso significa que um julgado, prolatado em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, decido por maioria absoluta dos membros do STF (seis dos onze ministros), goza de eficácia transcendente, mas não tem efeito vinculante, para tanto seria necessário: ou a edição de súmula vinculante (Art. 103-A), ou a edição de resolução senatorial (Art. 52, X).

Posto isto, a reclamação constitucional, para preservação da autoridade de uma súmula ordinária, proveniente de um julgado, prolatado pelo STF, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, somente poderá ser manejada contra atos judiciais dos demais órgãos de jurisdição do Brasil, e nunca contra um ato, normativo ou concreto, emanado de um dos dois outros Poderes da República.

Não se olvide que há previsão legal para o manejo da reclamação constitucional, para a preservação da autoridade de súmula ordinária, decorrente de julgado proferido em recurso extraordinário, inserta nos art. 988, § 5º, II, cumulado com os arts. 927, IV e 1035, § 11, todos Código de Processo Civil é constitucional; porque com a abstrativização do recurso extraordinário, decorrente da Emenda Constitucional n. 45/2004, é imperativo lógico que a eficácia das decisões finais, prolatadas pelo STF em sede de recurso extraordinário, seja idêntica a eficácia das decisões finais do Tribunal, proferidas em sede de fiscalização constitucional abstrato/concentrada.

Ademais, a eficácia transcendente (e o efeito vinculante) decorrentes dos julgados, proferidos em sede das ações do controle abstrato/concentrado, sempre decorreram do próprio sistema de defesa judicial da Constituição brasileira, eis por que o legislador poderia prever, como de fato previu no art. 28 da Lei 9.868/99, o efeito vinculante para ação direta de inconstitucionalidade; razão pela qual não é inconstitucional a previsão legal de eficácia transcendente para os julgados de mérito, proferidos em sede de recurso extraordinário, desde que houve a abstrativização deste recurso, em consequência da disciplina constitucional que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, quando da instituição da cláusula de repercussão geral.

Já a reclamação constitucional, para tornar obrigatória a observância de uma súmula vinculante, pode ser manejada contra atos judiciais, provenientes de órgãos da jurisdição ordinária brasileira, e contra atos administrativos, de qualquer dos Poderes da

República, posto que a súmula vinculante vincula os demais órgãos do Poder Judiciário – exceto o STF, desde que a revogue ou modifique – e a Administração Pública.

Não obstante o silêncio eloquente da Emenda Constitucional n. 45/2004, quanto à vinculação do Poder Legislativo ao direito sumular vinculante (Art. 103-A, *caput*, da Constituição da República), em sua função típica de legislar, o que induz, por óbvio, que este Poder não está vinculado a súmula vinculante, quando legisla; tem-se que os atos concretos, administrativos e/ou judiciais, praticados com fundamento em uma lei, promulgada após a edição de uma súmula vinculante, e com conteúdo semântico diametralmente oposto ao da súmula, são passíveis de nulificação ou de cassação, respectivamente, por força do manejo de reclamação constitucional, perante o STF, para preservação da autoridade da súmula vinculante violada (em tese).

Nesse sentido, resta evidente que a súmula vinculante tem o poder de vincular até mesmo o legislador, ainda que por via transversa. Já que atos públicos – praticados com fundamento em lei superveniente a uma súmula vinculante, e a esta contrária – estão fadados a cassação ou nulificação, por via de reclamação constitucional, de competência do STF, o mesmo órgão que edita o verbete sumular vinculante.

Mais, o Poder Legislativo não tem competência constitucional para revogar ou modificar uma súmula vinculante; nem mesmo o Congresso Nacional, Poder Legislativo da União Federal, o pode, não em sua atuação legiferante ordinária, uma vez que o constituinte reformador concedeu a atribuição de editar, modificar e revogar súmulas vinculantes, exclusivamente ao STF.

Porém, uma emenda constitucional, que suprima ou modifique substancialmente a norma constitucional paradigmática, de cuja interpretação reiterada, o STF editou uma súmula vinculante, tem o condão de fazer perecer este enunciado sumular.

Isso equivale a dar à súmula vinculante estatura “quase similar” a de uma emenda constitucional, o que é incompatível com princípio da divisão orgânica dos Poderes da República, cláusula pétrea da Constituição da República, por força do que dispõe o art. 60, § 4º, III, em face da natureza jurídica supralegal do verbete sumular vinculante, apontada pela configuração constitucional dada ao instituto.

Saliente-se que o efeito vinculante das ações do controle judicial concentrado da constitucionalidade, de competência do STF, mesmo que vincule o legislador de forma transversa, é conseqüente lógico do método abstrato de fiscalização da constitucionalidade; por isso, anterior ao efeito vinculante que se deu à ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional n.3/93; razão por que não há paralelo com o instituto da súmula vinculante, posto que este foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

O efeito vinculante das ações do controle jurisdicional abstrato/concentrado decorre da disciplina jurídica inerente a este método de fiscalização judicial da constitucionalidade, e já nasceu com a Constituição de 1988; enquanto o efeito vinculante

das súmulas, por ter sido instituído por emenda constitucional, e ter o signo da hipertrofia do STF, em detrimento do Poder Legislativo, afeta a proibição constitucional de que haja emenda à Constituição tendente a abolir o princípio da tripartição orgânica dos Poderes da República.

Acerca da eficácia transcendente decorrente dos julgados de recursos extraordinários com repercussão geral, nem se cogita que se possa vincular o legislador, porque a eficácia transcendente, embora consolide um precedente, aponta no sentido de impactar situações idênticas a serem julgadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

É dizer, a eficácia *erga omnes*, agregada a uma decisão final do STF, prolatada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, por si só, não vincula a Administração Pública, não vincula os órgãos fracionários do próprio STF, e com maior razão não se especularia que pudesse vincular o Poder Legislativo, em sua função legiferante.

Quanto à eficácia transcendente do recurso extraordinário ser constitucional, tem-se que a eficácia transcendente não é o mesmo que efeito vinculante, conforme já exposto. Eficácia transcendente diz respeito às pessoas afetadas pela decisão final do STF, daí por que impacta somente os órgãos do Poder Judiciário (exceto o próprio STF) – quando julga situações semelhantes ao *leading case* –, não se irradiando sobre os demais Poderes da República. Ao passo que o efeito vinculante afeta os demais Poderes da República, ao vincular também a Administração Pública.

Não há instituto paralelo ao da súmula vinculante em outros ordenamentos jurídicos, apesar de haver alguma semelhança do direito sumular vinculante brasileiro com os assentos do direito português, declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional⁹¹⁶; tendo em vista que o direito sumular vinculante permite que o STF edite verbete sumulares, com características de vagueza e abstração, próprias das normas produzidas pelos parlamentos da República do Brasil, e cujo conteúdo normativo se projeta para o futuro, a exemplo do que ocorre com a leis.

É que ainda que o STF seja um órgão de soberania da República, guardião da Constituição, não poderia o poder constituinte derivado reformador atribuir ao Tribunal competência legiferante – como o fez –, à semelhança da função precípua de legislar do Poder Legislativo: uma porque o STF não tem representatividade política no esquema constitucional da democracia representativa brasileira; outra porque a prerrogativa de produzir norma abstrata e genérica, pró-futuro, nada tem a ver com a função de legislador negativo do Tribunal, inerente à jurisdição constitucional e à tarefa de guardião da Constituição.

⁹¹⁶ “Os antigos assentos portugueses – de onde se originou a súmula brasileira – foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal, há bastante tempo (AC. 810/93)”. (STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas**. 82 Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 213-237 (2006). Acesso: Fri Feb 15 10:36:40 2019, p. 214).

A súmula vinculante do direito constitucional brasileiro, prevista na Emenda Constitucional n.45/2004, é inconstitucional. Isso porque, as características de vagueza e abstração das súmulas vinculantes, aliadas a projeção das mesmas para o futuro, características típicas das normas legais, apontam no sentido de que houve atribuição de função típica do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, em afronta ao princípio democrático e ao princípio da independência dos Poderes – cláusulas pétreas da Constituição da República (Art. 60 § 4º, incisos II e III, respectivamente).

No mesmo sentido, é inconstitucional o direito sumular vinculante brasileiro porque ao vincular o legislador, mesmo que por via transversa, e ao conceder atribuição exclusiva ao STF, para revogar ou modificar, súmula vinculante, editada pelo próprio Tribunal, o disciplinamento jurídico-constitucional da súmula vinculante apequenou o Poder Legislativo, sendo, por isso, a emenda constitucional, que o instituiu, tendente a abolir a cláusula pétrea da independência dos Poderes da República do Brasil.

Além disso, foi a partir da Emenda Constitucional n.45/2004, que se deu a hipertrofia da atividade do STF, que, em atuação proativa, extrapolou em muito a sua função de guardião da Constituição, na medida em que confundiu a afirmação da força normativa da Constituição, que deve se fazer por via da atividade legislativa negativa, aprioristicamente, com o ativismo judicial, que pressupõe uma atividade criativa da jurisdição constitucional, atuando o Tribunal como se legislador positivo fosse, o que o faz usurpar atividade legiferante, própria do Poder Legislativo.

Com efeito, este agigantamento político do STF, que se deu a partir do processo de abstrativização do controle judicial concreto da constitucionalidade, ambiente no qual o Tribunal se esmerou em produzir mutações constitucionais ilegítimas, a apontar um ativismo judicial que se estreita com o inexorável “governo dos juízes”.

É intuitivo, portanto, que o direito sumular vinculante é inconstitucional, na medida em que a Emenda Constitucional n.45/2004 à Constituição da República do Brasil conferiu ao STF o poder de editar súmulas vinculantes, capazes sim de vincular o legislador, ainda que por via transversa; e na medida em que tais verbetes sumulares vinculantes são dotados de tamanha generalidade e abstração, que acabam por deturpar a função do Poder Judiciário, de forma a permitir a usurpação de função precípua do Poder Legislativo, qual seja a editar normas genéricas, abstratas e pró-futuro, ou seja, as leis.

Referências Bibliográficas

DOCTRINA

AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUIAR FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2. ed., 2002.

ALCOFORADO, Luiz Carlos. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert e ALEKSANDER, Peczenick. *The concept of coherence and its significance for the discursive rationaly*, *Ratio Juris*, 3:130-47, 1990.

ALVES CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional (a Justiça Constitucional)**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

ALVIM WAMBIER, Tereza Arruda; GARCIA MEDINA, José Miguel; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Repercussao Geral e Súmula Vinculante**. In; ALVIM WAMBIER, Tereza Arruda (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005, p. 383).

AMARAL, Maria Lúcia. **O modelo europeu da justiça constitucional. Origens e fundamentos**. In: Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício. AMARAL, Maria Lúcia: organizadora. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JR, Vidal. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Sraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no Direito Processual Civil**. Tese (Curso de Especialização na Cadeira de Processo Civil) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1968. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/edicao.php?ID=074>> Acesso em: 08 abr. 2017.

BALAGUER CALLEJON, María Luisa. **El recurso de inconstitucionalidade**. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2001.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ainda e sempre a coisa julgada**. In: *Direito Processual Civil: Ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, n. 5.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5**. 15^oed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. AJURIS, Porto Alegre. n^o 28., p 30, jul. 1983.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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.

_____. **Democracia, Constituição e supremacia judicial: direito e política do debate contemporâneo**. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – 2012.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed., 1996.

_____. **Influência da reconstitucionalização de Portugal sobre a experiência constitucional brasileira.** Revista de Direito do Estado: RDE / Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais. Rio de Janeiro: Renovar, n.2, p. 403-410, abr-jun, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2006.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, n. 1, 2012, p. 23-32.

_____. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** Revista de Direito Constitucional e Internacional / vol. 58/2007 / p. 129 – 173 / Jan – Mar / 2007.

_____. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil,** in: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional / vol. 7/2015 / p. 533-584 / Ago 2015 / DRT/2015/11002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 3. ed., 2002.

BÉGUIN, Jea-Claude. **Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République d'Allemagne.** Paris: Economica, 1982.

BIANCHI, Alberto B. **Historia de la Formación Constitucional del Reino Unido.** Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009, 1º ed.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Justiça constitucional: Tomo I. Garantia da constituição e controle da constitucionalidade.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Justiça Constitucional, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional, 2. ed.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. **Justiça Constitucional: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BOBBIO, Noberto e outros; trad: Carmem C. Varriale. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora UnB, 10. ed. 1997, vl 1.

_____. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora UnB, 10º ed. 1997, vl 2.

- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. ***The future of democracy***. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta, Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2004.
- _____. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 10. ed., 2003.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 13. ed., 2007, p. 564.
- _____. **Teoria Constitucional da democracia participativa. 2. ed.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRANDÃO, Cristiano. **Mutação constitucional: a origem de um conceito problemático**. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- BRITO, Miguel Nogueira. **A Constituição Constituinte: Ensaio Sobre o Poder de Revisão da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Tribunais Superiores: Quais são? O que fazem?** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59218-tribunais-superiores-quais-sao-o-que-fazem>>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, abr/jun 1976, ano 13, n. 50.
- BRYCE, J. ***Constituciones flexibles y constituciones rígidas***. Madri: CEC, 1998.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227.
- BUSTAMANTE, Thomas Rosa. ***Obiter dicta* Abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos**. Revista de Direito GV | SÃO PAULO | v. 14 N. 2 | 707 - 745 | MAIO-AGO 2018.

CADORE, Maria Regina Lusa. **Súmula Vinculante e Uniformização de Jursiprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CALMON DE PASSOS, JJ. **Súmula Vinculante**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 6, set/dez 1997.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA et al. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade, Itinerário dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**, Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 380.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina/IBDC, 2013.

CAPPELETTI, Mauro. **La Justicia Constitucional**. México: UNAM, 1987.

_____. **Necesidad y legitimidade de la justicia constitucional. En Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales**. Madri; CEC, 1994.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

_____. **O controle judicial das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 1992.

CARVALHO, Isabela Rodrigues da Rocha de. **A súmula vinculante em face do princípio do livre convencimento do juiz**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>.07 setembro 2008. Acesso em: 5 Nov. 2012.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos “assentos” e função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 358.

CAVALCANTI, Eduardo Porto Carreiro Coelho. Revolução e golpe de Estado: análise e distinção dos conceitos. **Revista Migalhas**, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI5003,51045-Revolucao+e+golpe+de+Estado+analise+e+distincao+dos+conceitos>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Jurisprudência.** In: Revista da Procuradoria Geral do INSS, nº 3, 1999.

CEZAR, Érica Lopes. Direito comunitário e Tribunal Supranacional: um futuro para integração das Américas uma visão à luz do Mercosul e da união europeia. 303 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONTE, Amadeo. **Ordenamento Giuridico, em Novissimo Digesto Italiano**, t. XII. Milano: Cortina, 2002.

CORTÊS, António. **O controlo constitucional do princípio da tipicidade penal – uma análise jurisprudencial.** In: **Tribunal Constitucional, 35º Aniversário da Constituição de 1976.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012

COSTA, Famblo Santos. **O poder constituinte de reforma: análise da emenda constitucional nº 16, de 04/06/1997, que garantiu a reeleição da chefia do Poder Executivo.** 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

CRACKNELL, D. G. **English Legal Sistem Textbook**, London: HTZ, 1994.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law.** 4 ed. New York: Oxford University Press, 2004.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. **Medidas Provisórias? Análise crítica ao texto constitucional.** 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 238.

_____. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual, civil e penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DA COSTA, José Manuel M Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA Jr., Dirley da. **O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 2008**. (Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-na-França-e-as-alteracoes-advindas-da-reforma-constitucional-de-2008>. Acesso em 29/07/2020.

_____. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodovim, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Juspodivm, 13. ed., 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Direito Constitucional Geral**. Porto: Quid Juris, 2 ed., 2013.

DALMAS, Samir Bahlis. **Sistemas de controle de constitucionalidade e o modelo brasileiro**. In: Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49826&seo=1>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 4. ed., 2015.

_____. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

DAVID, René. **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**. Paris: Dalloz, Troisième Édition, 1969.

_____. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DESAULNAY, Olivier. **L'application de la Constitution para la Cour de cassation**. Paris: Daloz, 2009.

DIDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** v. 2, Salvador: Juspodivm.

DIMOULIS, Dimitri. **A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia – um caso de “ativismo judicial” na Europa do século XIX.** São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 1 jan./jun. – 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil, vl I.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil, vl II.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** São Paulo: Saraiva, 1994.

DINO, Flavio, MELO FILHO, Hugo, BARBOSA, Leonardo e DINO, Nicolau. **Reforma do Judiciário – Comentários a Emenda n. 45/2004.** Niterói, Impetrus, 2005.

DUARTE, Hugo Garcez; CANEDO, Lohrana. **Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária? Análise frente às espécies normativas primárias.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 115, ago. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13560&revista_caderno=9>. Acesso em: 25 jan. 2016.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: Estudo da organização constitucional brasileira.** 285 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DUARTE NETO, Juvenal José. **Súmula vinculante como instrumento de efetividade do princípio à igualdade e ao controle difuso de constitucionalidade.** 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.

DUTRA, Carlos Alberto Alckmin. **O controle estadual de leis e atos normativos: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. New York, Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.

FAVOREU, Louis. *Les cours constitutionnelles*. 3.ed. Paris: PUF, 1996.

FERRARI, V. *Funciones del derecho* Madri: Editora Debate, 1989.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Inventário Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: apontamentos para compreensão do tema**. In: Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 16, jan. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36435>>. Acesso em: 7 ago 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Ação declaratória de constitucionalidade: inovação infeliz**. São Paulo: Revista de Processo/RePro/Jul-set, 1993.

FREITAS, Marina Cardoso de. **A repercussão geral nos recursos extraordinários – como o STF tem aplicado este instituto?** In: **Jurisdição constitucional no Brasil**. VOJVODIC, Adriana e outros. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y constitución*. FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*, editora? Ano? Local?

FUNKEN, Katja. **The Best of Both Worlds – The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System**. Disponível em: www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13598/convergence.pdf.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Has Kelsen y La Norma Fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GARCIA PELAYO, M. **Estado legal y Estado constitucional de derecho**. Obras Completas, TIII. Madri; SEC, 1991.

GARCÍA DE ENTERIA, Eduardo. **La posición jurídica del Tribunal Constitucional em el sistema español: posibilidades e perspectivas**. En *El Tribunal Constitucional*. Madrid: T. I. IEF, 1981.

_____. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. 2. reimp. Madri: Civitas, 1995.

GARNER, Bryan A. (ed.), **Black's Law Dictionary**, 9.ª ed., West, 2009.

GARUPA, Nuno. Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil: uma abordagem pela análise econômica do direito. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, nº 42 jan./jun. 2013. Disponível em: < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/42artigo6.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

GAVARRA DE CARA, Juan Carlos. **Contenyo e Función del Término de la Comparación en la Aplicación del Pincipio de Iguald**. Barcelona: Editora Araznzadi, 2005.

GOMES, Carla Amado. **Estado Social de Direito e Concretização de Direitos Fundamentais na Era Tecnológica: algumas verdades inconvenientes**. ([Texto publicado in *Scientia Iuridica*, n. 351, 2008, p. 7 e segs]. In: **Textos Dispersos de Direito Constitucional**. Lisboa, 2011).

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito**. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2002.

GRECO, Marco Aurélio. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUILLÉN, Victor Fairrén. **Doctrina General Procesal**. Barcelona: Boch, 1990.

GUIMARÃES, Mario. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Visão panorâmica da organização judiciária inglesa**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, I, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2066>. Acesso em: 24 mar. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade, vl II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford, Oxford University Press, 1999.

HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *El Estado Constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.

HARDIN, Garret. **A tragédia dos comuns**. In: edisciplinas.usp.br. Acesso em 07/10/2020.

HASSEMER, Winfried. **Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei**. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HERSHOVITZ, Scott. **Integrity and Stare decisis**. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ed.). *Exploring Law's Empire*. New York: Oxford University Press, 2008.

HESSE, Konrad. Tradução de Luís Afonso Heck. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. Trad; Inocêncio Martires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição e Direito Constitucional**. Trad; Carlos dos Santos Almeida. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**, 2009.

_____. **Limites da mutação constitucional**. Trad; Inocêncio Martires Coelho. In: **Temas Fundamentais do Direito Consyiyucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. *The Rise of Constitutional Theocracy*. Harvard International Law Journal. v. 49, out. 16, 2008. p. 73.

ITALIA, Vittorio. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giurrè Editore, 2002.

JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 101, n. 380, jul/ago 2005, p. 200.

JELLINEK, G. *Teoria del Estado*. Buenos Aires: Edit. Albatroz, 1978.

JOHN, Hanna. *The role of precedent in judicial decision*. Villanova University Law Review, Pennsylvania, v. 3, n. 3, 1957. WARD, Richard. *English legal system*. London: Butterworths, 1990.

JUNQUEIRA, Maria Olivia Persone. **A construção da súmula vinculante pelo STF: impressões sobre as primeiras experiências**. In: VOJVODIC e outros (organizadora), **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1. ed. brasileira, 1993.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins, 2003.

_____. **Quiéén debe ser el defensor de la Constitución**. Madrid: Edit. Tecnos, 1995.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZIKOSKI JÚNIOR, Antônio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo tribunal federal: consequências jurídicas e sociais**. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LASALLE, Ferdiland. **A essência da constituição**. Tradução: Vinícius Moura Xavier. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Fábio Carvalho. **1891: a construção da matriz político-institucional da república no Brasil**. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

LEITE, Luís Ferreira. **O Tribunal Constitucional e o sistema político: Estados Unidos da América – Europa – Portugal**. Lisboa: Âncora Editora, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEVAGGI, Abelardo. **Manual de Historia Del Derecho Argentino**. 2.ed., Buenos Aires: Depalma, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil, vl I**. 3. ed. Tradução: DINAMARCO, Cândido Rangel. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOBO, Arthur Mendes. **Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante**. In: Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil. São Paulo, n 45, jan/fev 2007, p. 13. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafibe/sumario/8/16042010161145.pdf>> Acesso em: 18 ago 2017.

LOUREIRO, João Carlos. **Magna Carta, constitucionalismo(s) e justiça(s): entre história e perspectiva – nos 800 anos da Magna Charta Libertatum**. In: **Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, volume I**. Organizadora: AMARAL, Maria Lucia. Coimbra, Almedina, 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria da la Constitucìon**. Barcelona: Ariel, 1983.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of law: A theory of Legal Reasoning**, New York: Oxford University Press, 2009.

MAFRA, Francisco. **Da ação direta de inconstitucionalidade interventiva: introdução**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=653>. Acesso em: 19 jan. 2016.

MALBERG, Raymond Carré de. **La legge espressione della volontà genrale**. Milano: Editore Giuffrè, 2008.

_____. **Contribution à la theori generale de l'Etat**: spécialement dâprès les données par le droit constitutionnel français. Paris: Éditeur, Sirey, 1920-1922.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes:** natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANDELLI JR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Instrumento de Proteção do Direitos Fundamentais e da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent.* In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study.* Hants: Ashgate, 1997.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade, Comentários à lei 9.868 de 10/11/1999.** São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil.** In: Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, jun. 2009, p. 45-50.

_____. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** In: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49, 2009, p. 11-58. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>> Acesso em: 24 mar. 2017.

_____. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 56.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição constitucional e ativismo judiciário:** análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial (ou “ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição”)**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554> (Publicado em 07 out. 2009; último acesso em 07 out. 2020)

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Editora Universidade Católica.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Repercussão geral e Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros**. São Paulo: Revista do Advogado. V. 27, n. 92, jul. 2007.

MELO FILHO, João Aurino de. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado: influências no controle de constitucionalidade brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11158>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MENDES, Gilmar F. **A Ação Declaratória de Constitucionalidade: Inovação da Emenda Constitucional 3/93**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional/RDCI/4-98/jul-set, 1993.

_____. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar. In: **Caderno de Direito Constitucional**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2. ed., 1999.

_____. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional, Gilmar Mendes, 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica – Instituto Brasileiro de Direito Público, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; Do Valle, André Rufino. **Comentário ao art. 5º, II**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina/IBDC, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentário ao art. 102, I, a**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina/IBDC, 2013.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2006.

MEYER. Emílio Peluso Neder. **Um Processo de Desmistificação: Compreendendo Criticamente o Constitucionalismo Estadunidense**. RDU, Porto Alegre, vl. 15, n. 83, 2018, 9-32, set-out/2018.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Fiscalização da Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. **Teoria do estado e da constituição**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2. ed., vl I, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De L'esprit des Lois: defense de L'esprit des Lois**. Paris: Ernest Flammarion, 1926, Livro XI.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP**. v. unificado, p. 13, 2012. Disponível em: <<http://www.alexandredemoraesadvogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/2-As-S%C3%BAmulas-Vinculantes-no-Brasil-e-a-Necessidade-de-Limites-ao-ativismo-Judicial...pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

MOURA RAMOS, Rui Manuel de Gens – Presidente do Tribunal Constitucional da República Portuguesa. Palestra: "**A práxis do controle de constitucionalidade na atualidade**", p.17. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/palestraPORTUGAL.pdf> Acesso em 17 de agosto de 2017).

ORRANTIA, Fernando. **Conceptual Differences between the Civil Law System and the Common Law System**, 19 Sw. U. L. Rev. 1161. Acess: Thu Feb 28 07:23:32 2019.

ORTEIZA, Eduardo. *EL PROBLEMA DE LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EM AMÉRICA LATINA*. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* – Buenos Aires, República Argentina, 2007, Año VI – n. 10.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 11. ed., 2019.

_____. **Justiça constitucional**: limites e possibilidade da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Marcelo Silva. **Lide - característica exclusiva da jurisdição?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5294>. Acesso em 25 mar. 2016.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Amércia Jurídica, 2004.

NERY Jr., Nelson. **Princípios fundamentais:** teoria geral dos recursos. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.*** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Resolução do CNJ e lei são atos normativos primários.** In: Revista Consultor Jurídico, 21 fev. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-fev-21/resolucao_cnj_lei_sao_atos_normativos_primarios>. Acesso em: 11 abr. 2016.

NOLASCO, Lincoln. **Especificidades da espécie normativa lei delegada.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11190>. Acesso em: 16 abr. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional:** resposta aos críticos. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Métodos, 2012.

OLIVEIRA, Tiago Correia Schubach de. **A institucionalidade jurídica do direito à alimentação:** novas relações entre os cidadãos e o estado. 100 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2012 *apud* TORRES, 2008.

PAIXÃO, Osmar Mendes. **A Reclamação do novo CPC – Fim das limitações impostas pelos tribunais superiores ao cabimento?** Revista de Processo, São Paulo, v. 244/2015.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULINO, Arnold Torres. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2995, 13 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19977>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**, São Paulo: Editora Método, 9. ed.

PELICIONI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. 381 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

PÉRES, Taynah Litaiff Isper Abraham Carpinteiro. **A ação direta de inconstitucionalidade e a perda superveniente de seu objeto**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8028>.

Acesso em: 14 mai. 2016.

PÉREZ ROYO, J. **Tribunal Constitucional y divisón de poderes**. Madrid: Edit. Tecnos, 1988.

PINTO, José Guilherma Berman Correa. **Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade**. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2013.

PINTO BRONZE, Fernando José. **Continentalização do Direito Inglês ou Insulinalização do Direito Continental? Dissertação elaborada e apresentada no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Comparadas. 185661-Doutoramento em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 1982.**

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 11.ed. 2010

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. In: **Caderno de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, módulo V, 2006. Disponível em: <

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Teoria do estado e da constituição**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 502/503).

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Tomo II.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. **Justiça Constitucional**. Petrony Editora, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. **A súmula vinculante como norma jurídica e a sua (in) viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2011, p. 44 – 45. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/385/367>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

RAWLS, John. **La Justicia como equidade**. Madri: Edit. Tecnos, 1986

RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional**. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2000.

REGO, Carlos Lopes do. **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.

RIBEIRO, Felipe Neves Caetano. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

RIVERO, Cayetano Nuñez, MATÍNEZ, Juan Manoel, MRTÍNEZ, Maria Nuñez. **Teoría del Estado Constitucional**. 1. ed. Madrid: Editora Universitas, S.A., 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
_____. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2001.

ROSENN, Keith S. **Judicial Review in Brazil: developments under the 1988 Constitution**. 7 Sw. J. L. & Trade Am. 291 (2000). *Acess in: Thu Feb 28 07:18:55 2019*.

ROTENBURG, Walter Claudius. **Comentário ao art. 5º, LI e LII**. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. MENDES, Gilmar Ferreira; STRRECK, Lenio Luiz. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina/IBDC, 2013.

SAGUÉS, Nestor P. **Elementos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Artraz, 1997. TI.

SALES, Caio Lucio Monteiro. **A união estável homoafetiva e o STF: uma breve análise à luz do positivismo de Herbert Hart**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10934>.

Acesso em: 20 jan. 2016.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2012

SARMENTO, Leonardo. **Controle de constitucionalidade de temáticas afins: com inferências e cognições articuladas do novo CPC em capítulos exclusivos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SATO, Miyuki. **Judicial Review in Brazil: nominal and real**. Global Jurist Advances, Volume 3, Issue 1 2003, Article 4. Global Jurist Advances is produced by The Berkeley Electronic Press (bepress). <http://www.bepress.com/gj>. *Acess: Thu Feb 28 07:17:10 2019*.

SCHÄFER, Gilberto. **Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHIMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Edit. Tecnos, 1983.

_____. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Editora Alianza, 1992.

SEGADO, Francisco Fernandez. **La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano.** (extracto del libro: **La Constitución Española en el contexto constitucional europeo.** Editor: Francisco Fernandez Segado.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante:** um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaios sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário.** Rio de Janeiro, Ed. Forense.

SLAPPER, Gary e KELLY, David. **English Law.** London: Cavendish, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve histórico do controle de constitucionalidade.** In: Banco do conhecimento, Rio de Janeiro, jul. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>. Acesso em: 18 jan. 2016.

SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. **A Objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Concreto de Constitucionalidade.** In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 81, dez. 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio. **O ativismo, o justo e o legal: crítica ao panprincipiologismo a partir do caso das “famílias paralelas”.** In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo/ vol. 1 / 2004 / p. 151-160 / Out-Dez/2014 DRT/2014/19845.**

STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas**. 82 Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 213-237 (2006). Acesso: Fri Feb 15 10:36:40 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O Efeito Vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da Revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário de (EC 45/04)**. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, **Verdade e Consenso. Constituição, Heremenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade. A necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2. ed., 2008.

STRECK, Lenio 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**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to End**. Cambridge: University Press, 2006

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental [Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99]**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006**. São Paulo: Método, 2007.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. **A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

THEODRO Jr., Humberto; NUNES, Dirley; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama no direito brasileiro – análise da**

convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo* / vol. 189/2010 / p. 9 – 52 / Nov / 2010.

_____. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinários.** *RePro* / vol. 177/2009 / p-173. São Paulo: Revista dos Tribunais, de nov. 2009.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade.** 1. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VAZ, Manuel Afonso; CARVALHO, Raquel; FOLHADELA, Catarina Santos Botelho Inês; RIBEIRO, Ana Teresa. **Direito Constitucional: o sistema constitucional português.** 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e adoção por casais homoafetivos.** São Paulo: Editora Método, 2013

VEIGA, Paula. **O que faz de um presidente da república um presidente republicano?** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann / Ulisses Schwarz Viana.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Bruno Furtado. **Presidencialismo de Coalizão, Medidas Provisórias e Controle de Constitucionalidade na ADIn 4.029.** 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.

VIEIRA CURA, António A. **Organização Judiciária Portuguesa,** 1. ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2018.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 4^o ed., 2009.

VIEIRA, José Ribas, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, e, SILVA, Alexandre Garrido. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial.** In: *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos.* São Paulo: Arcos, 2009.

WARD, Richard. **English legal system.** London: Butterworths, 1990.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução.** In: Revista de Processo, RT, São Paulo, v. 98, abr.-jun., 2000.

WATSON, ALAN. *The Making of the Civil Law.* Cambridge, London: Harvard University Press, 1981.

WHITTAKER, Simon. **El precedente en el derecho inglés: una vision desde la ciudadela.** Revista Chilena de Derecho, n. 1, Vol. 35, 2008.

WHYTE, John. *Pays de Common Law. In Le Controle Juridictionnel de Lois: Légitimité, Effectivité et Développements Récents.* Paris: Economica, 1986.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale.* Bologna: Il Mulino, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado.** In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha: teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag. Reg. no Recurso Especial 3.317. Relator Ministro Pedro Acíoli. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 26 de novembro de 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag. Reg. no Recurso Especial 1.164.552. Distribuidora Automotiva S/A e Fazenda Nacional. Relator Ministro Castro Meira. 01 de dezembro de 2009. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=2464&seq_documento=2605455&data_pesquisa=15/12/2009&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no Recurso Especial 1.051.802. Fazenda Nacional e Trutzschler Industria e Comercio de Maquinas LTDA. Relator Ministro Castro Meira. 09 de junho de 2009. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=1966&seq_documento=2394902&data_pesquisa=23/06/2009&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097. Globo Comunicações e Participações S/A e Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 28 de maio de 2013. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/consulta/orgao>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1. Presidente da República e outros. Relator Ministro Moreira Alves. 27 de outubro de 1993. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 16 de junho de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 33. Mesa do Senado Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. 18 de junho de 2014. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 123, 04 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djeletronico/dje_20140801_149.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. In.: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20191108_245.pdf (Publicado em 08 de 11 de 2019).

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. In.: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20191108_245.pdf (Publicado em 08 de 11 de 2019).

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 54. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. In.: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20191108_245.pdf (Publicado em 08 de 11 de 2019).

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 127-2. Governador do Estado de Alagoas e Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas. Relator Ministro Celso de Mello. 20 de novembro de 1989. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 04 de dezembro de 1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 264-3. Associação Nacional dos Representantes Comerciais do Brasil – ANARE e Coordenador do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal. Relator Ministro Celso de Mello. 07 de maio de 1992. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 08 de abril de 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 748-3. Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello. 01 de julho de 1992. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 06 de novembro de 1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212. Relatora Ministra Ellen Gracie. 02 de outubro de 2003. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 14 de novembro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.569-0. Diretório Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 02 de abril de 2007. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 94, 11 de maio

de 2007. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20070510_013.pdf>. Acesso em: 19
jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Ministério Público Federal, José
Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 18 de setembro
de 2013. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 29, 24 de setembro de 2013.
Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20130923_187.pdf>.
Acesso em: 13 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Ação Direta de Inconstitucionalidade
3.101-5. Democratas e Presidente da República. Relator Ministro Celso de Mello. 21 de
novembro de 2007. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 41, 30 de novembro de
2007. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20071129_152.pdf>. Acesso em: 07
jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 872-8. União e Juiz Federal
Substituto da 1ª Vara de Araçatuba da 7ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.
Relator Ministro Marco Aurélio. 08 de setembro de 2005. In: **Diário da Justiça**, Brasília,
03 de fevereiro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 1.880-6. Município de
Turmalina e Nilce Santana e outros. Relator Ministro Maurício Corrêa. 07 de novembro
de 2002. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 19 de março de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 3.979-0. Estado da Bahia e
Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Gilmar Mendes. 03 de maio de 2006. In:
Diário da Justiça, Brasília, 02 de junho de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 5.389-0. José Carlos Caetano
e Juiz de Direito da Comarca de Brasil Novo. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 20 de
novembro de 2007. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 47, 19 de dezembro de
2007. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20071218_165.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 582.280-3. Município do Rio de Janeiro e Olivier Charles Mathieux. Relator Ministro Celso de Mello. 12 de setembro de 2006. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 06 de novembro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 831.166. União e Compensados e Laminados Lavrasul S/A. Relator Ministro Gilmar Mendes. 29 de março de 2011. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 22, 29 de abril de 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20110428_079.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 611.400. Valter Gramiscelli e Vinicius Henrique de A. Costa. Relator Ministro Luiz Fux. 16 de outubro de 2012. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 49, 08 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20121107_220.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 617.389. Cargill Agrícola S/A e União. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 08 de maio de 2012. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 15, 22 de maio de 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20120521_099.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 678.139. Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS e Jayme Santa Rosa de Albuquerque. Relatora Ministra Rosa Weber. 06 de agosto de 2013. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 25, 21 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20130820_163.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de abril de 2012. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 19, 30 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20130429_080.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 327. Prefeito Municipal de Alto Rio Doce. Relator Ministro Marco Aurélio. 17 de outubro de 2014. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 52, 29 de outubro de 2014. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141028_212.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378. Partido Comunista do Brasil. Relator Ministro Edson Fachin. 15 de dezembro de 2015. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 92, 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20151217_255.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 346.736. Distrito Federal e Getúlio Leite Soares. Relator Ministro Teori Zavascki. 04 de junho de 2013. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 40, 18 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20130617_115.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Agravo de Instrumento 734.673-7. Reinaldo de Mello & CIA LTDA e União. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 31 de março de 2009. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 55, 24 de abril de 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090423_075.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Recurso Extraordinário 361.829. Município do Rio de Janeiro e Ação S/A Corretora de Valores e Câmbio e outro (a/s). Relatora Ministra Ellen Gracie. 02 de março de 2010. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 45, 19 de março de 2010. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100318_050.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Recurso Extraordinário 661.521. Estado de Mato Grosso do Sul e Paulo Cesar Gomes Navega. Relator Luiz Fux. 17 de abril de 2012. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 34, 25 de maio de 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20120524_102.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 111.159. Valdeir Leal de Jesus e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Teori Zavascki. 24 de setembro de 2013. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 51, 08 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20131007_198.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670-9. Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL e Congresso Nacional.

Relator Ministro Maurício Corrêa. 25 de outubro de 2007. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 44, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djeletronico/dje_20081030_206.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 20.257. Itamar Augusto Cautiero Franco, Antonio Mendes Canale e Mesa do Congresso Nacional. Relator Ministro Décio Miranda. 08 de outubro de 1980. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 27 de fevereiro de 1981.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32.033. Rodrigo Sobral Rollemberg, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de junho de 2013. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 18, 01 de julho de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20130628_125.pdf >. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Declaratória de Constitucionalidade 11-8. Governador do Distrito Federal. Relator Ministro Cezar Peluso. 28 de março de 2007. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 29 de junho de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0. Partido dos Trabalhadores – PT, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e Presidente da República. Relator Ministro Celso de Mello. 04 de abril de 2002. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 23 de abril de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.971. Relator Ministro Celso de Mello. 05 de maio de 2004. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 18 de maio de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Reclamação 2.460-1. Estado do Rio de Janeiro e outros (a/s) e Juízos do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. 10 de março de 2004. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 06 de agosto de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Reclamação 5.442-0. João Guido Tenório de Albuquerque e outro (a/s) e Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator Ministro Celso de Mello. 31 de agosto de 2007. In: **Diário da Justiça Eletrônico**,

Brasília, p. 112, 06 de setembro de 2007. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20070905_096.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 72-6. Governador do Estado do Maranhão e Secretaria Executiva de Estado da Fazenda. Relatora Ministra Ellen Gracie. 01 de junho de 2005. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 02 de dezembro de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 760.358. União e Jacileide Dantas dos Santos. Relator Ministro Gilmar Mendes. 19 de novembro de 2009. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 71, 19 de fevereiro de 2010. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100218_030.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 447. Relator Ministro Sydney Sanches. 16 de fevereiro de 1995. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 31 de março de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.507. Relator Ministro Gilmar Mendes. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 25 de abril de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.570. União e Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator Ministro Celso de Melo. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 02 de março de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 3.014. Município de Indaiatuba e Relator do Mandado de Segurança nº 00300-2004-000-15-00-9 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Relator Ministro Ayres Britto. 10 de março de 2010. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 16, 21 de maio de 2010. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100520_091.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator Ministro Gilmar Mendes. 20 de março de 2014. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 06, 22 de outubro de 2014. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141021_208.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 5.470-5. Município de Moju e Tribunal Superior do Trabalho e outro (a/s). Relator Ministro Gilmar Mendes. 29 de fevereiro de 2008. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 89, 10 de março de 2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20080307_042.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 11.636. Adeele Migon e outro (a/s) e vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux. 09 de abril de 2014. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 143, 14 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20140411_073.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 18.672. Riverton Mussi Ramos e Tribunal Superior Eleitoral. Relator Ministro Roberto Barroso. 29 de setembro de 2014. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 112, 02 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141001_192.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 19.515. Pool Service Comercial Importadora e Exportadora e Assessoria Internacional LTDA e Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Joinville. Relator Ministro Gilmar Mendes. 05 de fevereiro de 2015. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 119, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20150209_027.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 25.583. Paulo Augusto Tesser e Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de São Paul. Relator Ministro Dias Toffoli. 14 de dezembro de 2016. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 184, 16 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20161215_267.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 197.917. Relator Ministro Maurício Corrêa. 06 de junho de 2002. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 07 de maio de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 309.452. Relator Ministro Gilmar Mendes. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 25 de agosto de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. 03 de dezembro de 2008. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 37, 05 de junho de 2009. Disponível em: <

https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090604_104.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.809. Metabel Industria Metalurgica LTDA e União. Relator Ministro Marco Aurélio. 22 de outubro de 2014. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 46, 24 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141121_230.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 914.045. Estado de Minas Gerais e Flávio Lúcio Moreira Vianna. Relator Ministro Edson Fachin. 15 de outubro de 2015. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 24, 19 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20151118_232.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Representação 1.016-3, rel. Min. Moreira Alves, j. 20.09.1979

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 281**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 282**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 356**. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso

extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 640**. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal. Sessão Plenária de 24/09/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 734**. Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária de 26/11/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados** [recurso eletrônico]: aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado até a Resolução nº 20, de 2016. 18. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Dr.%20Felipe/Downloads/regimento_interno_18ed.pdf>.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição de 1891. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24/02/1891. In: **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, p. 523 (publicação original), 24 de fevereiro de 1891.

_____. Constituição de 1934. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I – Suplemento, p. 1 (publicação original), 16 de julho de 1934.

_____. Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembleia Constituinte. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 13059 (publicação original), 19 de setembro de 1946.

_____. Constituição de 1967. Constituição do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 953 (publicação original), 24 de janeiro de 1967.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 24369 (publicação original), 13 de outubro de 1939.

_____. Decreto-Lei nº 2.253, de 30 de maio de 1940. Altera o art. 833 do Código do Processo Civil (Decreto-Lei nº 1608, de 18 de setembro de 1939). In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 10338 (publicação original), 01 de junho de 1940.

_____. Decreto-Lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942. Altera e retifica disposições do Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 13248 (publicação original), 28 de agosto de 1942.

_____. Decreto-Lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1946. Da nova redação a dispositivos do Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 393 (publicação original), 10 de janeiro de 1946.

_____. Lei nº 623, de 19 de fevereiro de 1949. Torna embargáveis as decisões das Turmas do Supremo Tribunal Federal, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 2681 (publicação original), 24 de fevereiro de 1949.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 6241 (publicação original), 05 de julho de 1965.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 1 (publicação original), 17 de janeiro de 1973.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 10649 (publicação original), 25 de julho de 1985.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 1 (publicação original), 11 de novembro de 1999.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 1 (publicação original), 20 de dezembro de 2006.

_____. 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. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 2 (publicação original), 20 de dezembro de 2006.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 1 (publicação original), 17 de março de 2015.

_____. Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 1, 05 de fevereiro de 2016.

_____. Presidência da República. **Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm. Acesso em: 04 mai. 2016.

_____. Senado Federal. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2014. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=19335&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=150>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno** [atualizado até julho de 2016]. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. In: Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. apud. FERREIRA FILHO, Manoel G. et. alli. Liberdades Públicas. São Paulo: ed. Saraiva, 1978.