

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

ANTONIO CLAUDIO KOZIKOSKI JUNIOR

**O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

CURITIBA

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANTONIO CLAUDIO KOZIKOSKI JUNIOR

**O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2008

ANTONIO CLAUDIO KOZIKOSKI JUNIOR

**O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^a. Dr^a. Gisela Maria Bester
UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba

Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 17 de dezembro de 2008.

Para Caroline Holzmann Dotti Kozikoski,
minha esposa, minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Alvacir Alfredo Nicz – com quem aprendi apreciar o Direito Constitucional no segundo ano da faculdade, em 2000 –, pelo fundamental apoio na pesquisa e, principalmente, pela amizade que espero para sempre cultivar.

Aos integrantes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, que tão bem me receberam, com destaque às Professoras Márcia Carla Pereira Ribeiro, Cláudia Maria Barbosa e ao Professor Vladimir Passos de Freitas.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Ensino Superior – CAPES, pela bolsa de pesquisa que eu busquei honrar com o comprometimento em todos os meus trabalhos acadêmicos.

Aos membros do escritório Farfud, Schmitt, Vasconcellos & Kozikoski – Advogados Associados, especialmente meus sócios Fernando Andreoni Vasconcellos, Walmor Adão Schmitt Neto e Gonçalo Marins Farfud, pela compreensão nos momentos em que necessitei me afastar em prol do projeto que ora termina.

Aos meus pais, Marlene Lisboa Kozikoski e Antonio Claudio Kozikoski, a quem devo a vida, o caráter, a educação e todos os valores que buscarei sempre passar adiante.

Ao meu irmão, Sandro Marcelo Kozikoski, que sempre me incentivou e corrigiu com toda a paciência e disposição as minhas não poucas – e às vezes não pequenas – falhas.

A Lilian Holzmann Dotti e a Affonso Dotti Neto, pais curitibanos, por todo o carinho e, principalmente, pelo apoio nos momentos em que o fim do presente trabalho parecia distante.

À minha esposa Caroline Holzmann Dotti Kozikoski – para quem eu dedico o presente trabalho – pela compreensão nas horas em que necessitei dedicar-me à pesquisa e por todo o amor.

Ao meu filho, João Vitor, que desde o início me deu forças para continuar e para fazer valer a pena.

A Deus e à Santa Rita.

RESUMO

Cuida-se de análise das conseqüências jurídicas e sociais da extensão do efeito vinculante para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Apesar de a jurisdição constitucional brasileira reconhecer o atributo da vinculação apenas para (i) a ação declaratória de constitucionalidade, para (ii) a ação direta de inconstitucionalidade, para (iii) a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para (iv) a interpretação conforme a Constituição e para (v) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto – isto sem falar nas (vi) súmulas vinculantes incluídas no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45/2004 – atualmente é possível encontrar entendimento doutrinário e jurisprudencial favorável à padronização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme adiante restará demonstrado, mesmo este Tribunal vem se mostrando favorável à extensão do efeito vinculante para as decisões por ele proferidas no controle difuso, como fica claro no Recurso Extraordinário n. 197.917 através da qual o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de fixar o número de vereadores do Município Mira Estrela, no Estado de São Paulo, definiu as regras para o número de representantes nas Câmaras Municipais de todo o país, e na Reclamação n. 4.335-5/AC, onde inclusive se cogitou a alteração do texto do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal – que prevê a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – pelo fenômeno da mutação constitucional.

Palavras-chave: Direito. Efeito Vinculante. Controle difuso. Padronização. Senado Federal. Mutação constitucional.

ABSTRACT

It approaches the analysis of the juridical and social consequences of the extension of the link effect for the decisions uttered by the Supreme Court in headquarters of diffuse control of constitutionality. In spite of the Brazilian constitutional jurisdiction to recognize the attribute of the link just for (i) the constitutionality declaration plea, for (ii) the direct action of unconstitutionality, for (iii) the oral test of noncompliance of fundamental precept, for (iv) the interpretation according to the Constitution and for (v) the unconstitutionality declaration without text reduction - and also the (vi) "sumulas vinculantes" included in the Brazilian legal system through the Constitutional Amendment 45/2004 - now it is possible to find favorable doctrinaire and jurisprudential understanding to the standardization of the effects of the unconstitutionality declaration by Federal Supreme Court. According it will be demonstrated, even this Tribunal comes showing itself favorable to the extension of the link effect for the decisions uttered for it in the diffuse control, as it is clear in the Extraordinary Appeal 197917, through which the Supreme Court, on the pretext of fixing the number of councillor of the municipal district Mira Estrela, in the State of São Paulo, defined the rules for the number of representatives in the Councils of whole country, and in the Complaint 4335-5/AC, where the alteration of the text of the article 52, clause X, of the Federal Constitution was cogitated through the phenomenon of the constitutional mutation - this article foresees the competence of the Senate to suspend the execution of the law declared unconstitutional by the Supreme Court.

Keywords: Law. Link effect. Diffuse control. Standardization. Senate. Constitutional mutation.

SUMÁRIO

PARTE I – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1	INTRODUÇÃO	1
2	PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	4
2.1	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO LIBERAL.....	4
2.1.1	O surgimento do Estado Liberal.....	4
2.1.2	O dogma da soberania da lei e a rejeição, na Europa, do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade.....	7
2.1.3	A soberania das normas constitucionais nos Estados Unidos.....	10
2.2	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO SOCIAL.....	14
2.2.1	O surgimento do Estado Social.....	14
2.2.2	A descrença no Parlamento e a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento dos Tribunais Constitucionais.....	17
2.2.3	A contestação de Carl Schmitt.....	20
2.3	ANTECEDENTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	22
2.3.1	Antecedentes remotos da jurisdição constitucional.....	22
2.3.2	O caso <i>Marbury versus Madison</i> , de 1803: o surgimento e as características do controle difuso de constitucionalidade.....	27
2.3.3	A Corte Constitucional Austríaca: o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade.....	32
3	PERSPECTIVAS TEÓRICAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	39
3.1	NOÇÕES GERAIS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	39
3.1.1	Conceito de jurisdição constitucional.....	39
3.1.2	Pressupostos da jurisdição constitucional.....	42
3.2	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA.....	46
3.2.1	Delimitando o problema.....	46
3.2.2	O processo de nomeação dos membros do Tribunal Constitucional e a sua relação com a democracia.....	49
3.2.3	Democracia, princípio majoritário e Tribunal Constitucional.....	52
3.3	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES.....	57
3.3.1	Notas históricas acerca da teoria da separação de poderes.....	57
3.3.2	O legislador negativo.....	61

PARTE II – DO EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4	DA TRAJETÓRIA DO EFEITO VINCULANTE NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DOS AVANÇOS E RETROCESSOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PAÍS	64
4.1	A PRIMEIRA ETAPA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	65
4.1.1	A Constituição de 1824.....	65

4.1.2	Uma Constituição liberal no Império?	67
4.1.3	A jurisdição constitucional no Império	68
4.2	A SEGUNDA ETAPA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	70
4.2.1	A Constituição de 1891	70
4.2.2	A jurisdição constitucional na Primeira República	71
4.2.3	Uma jurisdição constitucional não tão liberal	73
4.3	A TERCEIRA ETAPA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	78
4.3.1	A era Vargas: entre os avanços da Constituição de 1934 e os retrocessos da Constituição de 1937	78
4.3.2	A Constituição de 1946 e a nova Representação Interventiva instituída pela Emenda Constitucional n. 16/1965	89
4.3.3	Os anos de chumbo: as Constituições de 1967 e 1969	92
4.4	O EFEITO VINCULANTE NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	96
4.4.1	Sistema brasileiro de jurisdição constitucional	96
4.4.2	A Emenda Constitucional n. 3/1993 e a constitucionalização do efeito vinculante no Brasil	98
4.4.3	A Emenda Constitucional n. 45/2004 e o coroamento do efeito vinculante no Brasil	100
4.4.4	O efeito vinculante na legislação infraconstitucional	101
5	O EFEITO VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO	104
5.1	APONTAMENTOS SOBRE O EFEITO VINCULANTE	104
5.1.1	Conceito de efeito vinculante	104
5.1.2	Limites objetivos do efeito vinculante: transcendência aos motivos determinantes da decisão?	105
5.1.3	Limites subjetivos do efeito vinculante	111
5.2	AS DECISÕES VINCULANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	116
5.2.1	A ação declaratória de constitucionalidade	116
5.2.2	A ação direta genérica de inconstitucionalidade	120
5.2.3	A arguição de descumprimento de preceito fundamental	125
5.2.4	A interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto	132
5.2.5	As súmulas vinculantes	139
5.3	CONSEQÜÊNCIAS DA OBSERVÂNCIA E INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE	146
5.3.1	Conseqüências da observância do efeito vinculante	146
5.3.2	Conseqüências da inobservância do efeito vinculante	147
6	O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PRATICADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS	151
6.1	O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO: UMA NOVA TENDÊNCIA?	151
6.1.1	A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: o que há de novo no Supremo Tribunal Federal	151

6.1.2	A Reclamação n. 4.335-5.....	155
6.1.3	Críticas à chamada abstrativização.....	158
6.2	O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	161
6.2.1	O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira.....	161
6.2.2	O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira num contexto de vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso.....	164
6.3	A REPERCUSSÃO GERAL NO CONTEXTO DA VINCULAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	166
6.3.1	A repercussão geral.....	166
6.3.2	Repercussão geral e efeito vinculante: um novo Recurso Extraordinário?.....	167
7	CONCLUSÕES.....	171
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	174

PARTE I – DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos é possível identificar uma tendência de vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional. Se há décadas tal atributo não passava de mera previsão no artigo 187 de seu Regimento Interno, atualmente o efeito vinculante encontra-se padronizado para as decisões proferidas nas principais ações do controle concentrado de constitucionalidade – quais sejam, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade –, isso sem falar nas súmulas vinculantes instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e nas previsões infraconstitucionais estendendo-o também para as interpretações conforme a Constituição e para as declarações parciais de inconstitucionalidade sem redução de texto, conforme artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.869/1999, bem como demais dispositivos editados em matéria recursal. Não bastasse, vem ganhando força entendimento segundo o qual também as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade deveriam vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, em suas três esferas de representatividades. O propósito da presente pesquisa é justamente analisar essa possibilidade e, principalmente, as consequências sociais e jurídicas de sua adoção. Para tanto, a dissertação encontra-se dividida em duas etapas.

A primeira delas busca contextualizar o panorama no qual o objeto da presente pesquisa encontra-se inserido. Forte nesse propósito, o capítulo segundo analisa algumas perspectivas históricas da jurisdição constitucional para fins de explicar tanto o surgimento das técnicas difusa e concentrada de controle de constitucionalidade quanto os motivos pelos quais aquela se desenvolveu nos Estados Unidos e foi, em regra, rejeitada na Europa, enquanto esta desenvolveu-se em sentido diametralmente oposto. A intenção nesta fase é evidenciar a existência de dois modelos de controle de constitucionalidade com características originárias bastante particulares, mas que agora tendem a aproximar-se no Brasil em razão de entendimento favorável à extensão do efeito vinculante também para as decisões

proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. A abordagem nesta fase – bem como em outras partes do trabalho – é feita a partir de uma perspectiva histórica, buscando ressaltar não apenas as características tradicionalmente apontadas para cada um dos modelos, mas principalmente o contexto em que cada um deles foi criado. Em seguida, o capítulo terceiro analisa algumas perspectivas teóricas da jurisdição constitucional – aqui compreendida num sentido de controle de constitucionalidade –, como o seu conceito e pressupostos e a sua relação com o princípio da separação de poderes. O propósito do capítulo em referência é demonstrar que a noção de jurisdição constitucional não colide com os ideais democráticos (sobretudo porque estes, numa perspectiva contemporânea, voltam-se também para os direitos das minorais, principalmente os fundamentais) ou com o princípio da tripartição dos poderes. Nesse particular, é importante ressaltar que a intenção foi, antes de esgotar o assunto, enriquecer o trabalho, pois o cerne da pesquisa encontra-se justamente nos capítulos subseqüentes.

Por sua vez, a segunda etapa destina-se à análise do efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade. Abrindo-a, o capítulo quarto aborda a trajetória do efeito vinculante no Brasil, sendo que nesse particular a opção também foi por uma abordagem histórica, ressaltando sempre as particularidades do momento político no qual o Brasil encontrava-se inserido à época da promulgação ou da outorga de cada uma de suas Constituições. De fato, além de incrementar a pesquisa, a escolha por um enfoque histórico proporciona uma melhor compreensão dos avanços e dos retrocessos da jurisdição constitucional no país. Ainda, o capítulo tem o especial propósito de evidenciar aquilo que José Carlos Barbosa Moreira (1999, p. 329) há tempos já havia previsto, isto é, a sorrateira insinuação da vinculação no Direito brasileiro. Em seguida, o capítulo quinto trata de algumas teorizações sobre o efeito vinculante, tais quais o seu conceito, limites subjetivos e objetivos, quais as decisões no campo da jurisdição constitucional possuem esse atributo e quais as implicações de sua observância e de sua inobservância. Finalmente, o capítulo sexto é inteiramente destinado à análise do efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, ressaltando sempre as conseqüências para o Direito e para a Sociedade, principalmente a redefinição do papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira e a possibilidade de surgimento de um novo Recurso Extraordinário, pois

da conjugação do efeito vinculante com a repercussão geral surge um ambiente propício para a vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO LIBERAL

2.1.1 O surgimento do Estado Liberal

Conforme Gisela Maria Bester (2005, p. 20), no início da Idade Contemporânea, a teoria da soberania popular passou a justificar e a fundamentar o exercício do poder político no lugar da teoria da soberania divina dos Reis, tendo, para tanto, contribuído as formulações teóricas de John Locke, Jean-Jaques Rousseau, Montesquieu e Emmanuel Joseph Sieyès, dentre outros. De acordo com a autora (BESTER, 2005, p. 20), (i), o primeiro – tido por muitos como o pai do liberalismo¹ – buscava proteger o homem dos abusos cometidos pelo Estado contra os indivíduos por meio da defesa de um regime fundado na liberdade e no equilíbrio político; (ii) o segundo afirmava a existência de um contrato social² amparando o Estado, ao mesmo tempo em que defendia que o soberano não era o representante de Deus na terra, mas sim do povo; (iii) o terceiro consolidou a teoria da separação de poderes, dogma do constitucionalismo moderno materializado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no qual “a sociedade onde não esteja assegurada a garantia dos direitos e nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, e; (iv) finalmente, o último atribuiu à nação, isto é, ao chamado Terceiro Estado – conceito excludente que englobava todos aqueles não compreendidos nas duas primeiras categorias³ – o poder de elaborar a Constituição.

Lançadas essas idéias num contexto de insatisfação com as monarquias absolutistas, o resultado não foi outro senão a revolução social capitaneada pela burguesia ascendente, o rompimento com a ordem então instituída e o nascimento

¹ BOBBIO, 1988, p. 12; BINENBOJM, 2001, p. 17.

² Contrato social é, segundo Gustavo Binbojm (2001, p. 20) a fórmula associativa através da qual cada cidadão abre mão de parcela de sua liberdade natural em prol de uma nova liberdade, chamada convencional.

³ Segundo Emmanuel Joseph Sieyès (2001, p. 8), é “preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Tudo o que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, conseqüentemente, não pertence ao Terceiro Estado”.

de um modelo de Estado que, mais tarde, convencionou-se chamar de Liberal, responsável apenas por governar e administrar, sem interferir, contudo, nas atividades econômicas privadas e nas relações contratuais dos indivíduos. Forte nessas premissas, as palavras de ordem desse modelo de Estado eram a liberdade e a não-intervenção estatal na sociedade e na economia, razão pela qual há quem também o chame de Estado Guardião (*État-Gendarme*), Estado Vigia, Estado Polícia ou Estado Segurança, isto é, o Estado que apenas fazia as vezes de um guarda noturno, no sentido de que se preocupava apenas em assegurar a ordem pública (BESTER, 2005, p. 21). Nessa perspectiva liberal, portanto, o Estado colocava-se como um mal necessário que não podia “interferir demasiadamente nas relações existentes na sociedade, devendo fazê-lo tão-somente quando (e se) necessário” (LEAL, M. 2007, p. 9). Mas, afinal de contas, quais eram as características desse modelo de Estado?

Segundo Ernesto Benda (1996, p. 488), formalmente o Estado Liberal era caracterizado pela divisão de poderes, pela independência da jurisdição, pela legalidade da Administração, pela plena tutela judicial frente a qualquer intervenção administrativa e pela expectativa de indenização no patrimônio privado⁴. Materialmente, todavia, apenas havia se falar em Estado Liberal acaso houvesse a previsão dos direitos fundamentais, “sobretudo en la clásica acepción de derechos de defensa frente al Estado” (BENDA, 1996, p. 505), ou seja, daqueles direitos fundamentais de primeira geração – ou dimensão⁵ –, tais como a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei, direitos estes que para serem concretizados

⁴ Em semelhante sentido, J. J. Gomes Canotilho, para quem os elementos formais do Estado Liberal são “(1) divisão dos poderes, entendida como princípio impositivo da vinculação dos actos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida, e da ordenação relativamente separada de funções; (2) princípio da legalidade da administração; (3) independência dos tribunais (institucional, funcional e pessoal) e vinculação do juiz à lei; (4) garantia da protecção jurídica e abertura da via judiciária para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais” (CANOTILHO, 1999, p. 251).

⁵ Paulo Bonavides (2005, p. 571-572) prefere a expressão dimensão à expressão geração, pois esta passa a equivocada idéia de sucessão cronológica e, por conseguinte, caducidade dos direitos precedentes. Nesse sentido, afirma o autor em sua obra que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração”. Em semelhante sentido, Paulo Ferreira da Cunha (2006, p. 46), para quem a classificação em gerações é um abuso classificatório.

demandam, em regra, um não-fazer estatal. Diz-se em regra, pois a fim de garanti-los, às vezes o Estado é chamado a intervir (por exemplo, para a garantia da segurança, o Estado deve investir em efetivo policial, em penitenciárias, bem como manter um Poder Judiciário organizado, dentre outras providências). Desse entendimento compartilha Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 30), segundo o qual se de um lado o Estado tem o dever de abster-se de perturbar o exercício desses direitos, de outro lado tem a tarefa de, “preventivamente, evitar sejam eles desrespeitados, e, também, a de, repressivamente, restaurá-los se violados, inclusive punindo os responsáveis por esta violação”.

Todas essas características do Estado Liberal, no entanto, podem perfeitamente ser enquadradas no conceito de submissão à lei, pois o “consentimento e a representação asseguram o princípio de liberdade e a posição dos cidadãos, enquanto a generalidade impede ingerências indesejadas no âmbito da sociedade” (LEAL, M., 2007, p. 10). Por isso, sem prejuízo de quaisquer umas das características mencionadas, principalmente a valorização da liberdade e a não-intervenção, é possível afirmar, como faz José Afonso da Silva (2005, p. 112-113), que a nota característica desse modelo de Estado era justamente a submissão ao império da lei⁶. Essa idéia, entretanto, desenvolveu-se com algumas particularidades na Europa e nos Estados Unidos, berços, respectivamente, das técnicas concentradas e difusas de controle de constitucionalidade, pois enquanto na primeira hipótese suprema era a lei (França), propriamente dita, ou então o Parlamento (Inglaterra)⁷, na segunda, suprema era a lei constitucional. É dizer, enquanto na Europa a supremacia pertencia à lei em si ou ao Parlamento – “espaço destacado de atuação, caracterizando-se o Poder Legislativo como órgão privilegiado desta nova estrutura de poder” (LEAL, M., 2007, p. 17) –, nos Estados

⁶ Com efeito, José Afonso da Silva (2005, p. 112-113) menciona que, na origem “o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais”.

⁷ Segundo Alvacir Alfredo Nicz (1995, p. 47), na Inglaterra o “Parlamento é o órgão supremo de elaboração legislativa e suas leis são obrigatórias em todos os tribunais, gozando de precedência sobre todas as outras fontes de lei. Os tribunais devem interpretar os Atos do Parlamento de acordo com as palavras constantes de seu texto ou, se não estiverem claras suas intenções, segundo certos métodos de interpretação, uma vez que os tribunais não podem pôr em dúvida e nem discutir a validade dos ‘atos parlamentares’”.

Unidos a supremacia pertencia à lei constitucional. Aliás, é possível afirmar que essa transposição da supremacia da lei propriamente dita ou do Parlamento para uma Constituição escrita⁸ foi uma das principais contribuições do constitucionalismo norte-americano (LEAL, M., 2007, p. 20). Essa fundamental diferença influenciou diretamente os rumos da jurisdição constitucional em ambas as hipóteses, pois enquanto a supremacia da norma constitucional possibilitou o surgimento do *judicial review* estadunidense, a supremacia da lei, propriamente dita, ou do Parlamento adiou até a década de 1920 o desenvolvimento de um sistema judicial e concentrado de controle de constitucionalidade na Europa.

2.1.2 O dogma da soberania da lei e a rejeição, na Europa, do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade

Conforme Louis Favoreau (2004, p. 18), a maior parte dos países europeus atualmente dotados de um Tribunal Constitucional ficou, em certos momentos, tentada a adotar o sistema de controle de constitucionalidade que já vinha sendo praticado nos Estados Unidos desde 1803 – ou, antes disso, uma vez que é possível encontrar antecedentes de controle judicial de constitucionalidade em outros sistemas jurídicos ou mesmo na Suprema Corte Americana, como procurar-se-á demonstrar no tópico 2.3.1 – após a decisão proferida pela Suprema Corte no famoso caso *Marbury versus Madison*. França, Itália e Alemanha, por exemplo, foram apenas alguns dos países que flertaram com as técnicas americanas de fiscalização da constitucionalidade das leis antes de partirem para a instauração dos seus Tribunais Constitucionais (FAVOREAU, 2004, p. 18-20). Mas, por quais motivos esses países desistiram de implementar as técnicas difusas de controle de

⁸ Segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 47), em 1787 foi assinada “a primeira Constituição escrita da história do Constitucionalismo, marcando a criação da Federação dos Estados Unidos da América do Norte. Tal Constituição ainda está em vigor, com seus apenas sete artigos originais e suas 27 emendas. Nela, pela primeira vez, viu-se a superação do Estado pela sociedade civil, operando-se a afirmação do princípio da soberania popular, eis que em sua célebre abertura se vê: *We the people* (“nós, o povo”). Porém, não nasceu ela com uma declaração de direitos inclusa, sendo que um *Bill of Rights* apenas lhe foi incorporado entre 1789 e 1797, por meio das 10 primeiras emendas constitucionais. A maior inovação da Constituição norte-americana de 1787 foi que com ela se deu a racionalização da Constituição como um texto escrito que estabelece a organização política de um país”.

constitucionalidade que vinham surtindo resultados tão positivos nos Estados Unidos?

De fato, embora a noção de Constituição na Europa não fosse radicalmente diferente da concepção que se desenvolveu nos Estados Unidos, determinadas circunstâncias políticas aliadas ao apego a certos princípios e instituições, impediram o transplante do *judicial review* para os países europeus (LEAL, R., 2006, p. 43). Quem bem as sintetiza é Louis Favoreau (2004, p. 18-22), para quem os países europeus não implantaram o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade em razão de quatro fatores⁹: (i) a ausência de uma Constituição rígida em alguns deles, (ii) a ausência de unidade de jurisdição, (iii) a incapacidade do juiz ordinário para exercer a jurisdição constitucional e (iv) a sacralização da lei. 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, sejam elas concentradas. Além disso, também na ausência de unicidade da jurisdição não é possível um sistema de controle de constitucionalidade tal qual o desenvolvido nos Estados Unidos haja vista a potencial chance de decisões conflitantes¹⁰. Não bastasse, a incapacidade do juiz ordinário – e aqui está a se falar nos Juízes de carreira da Europa Continental, acostumados à aplicação mecânica da lei – para exercer a jurisdição constitucional, com todo o seu conteúdo criativo e desapegado da mera interpretação da lei, também é lembrada pelo autor

⁹ Com efeito, Louis Favoreau (2004, p. 18-20) menciona a sacralização da lei, a incapacidade do juiz ordinário, a ausência de unidade de jurisdição e a insuficiente rigidez da Constituição, em alguns países da Europa, como fatores que impediram a implementação do sistema americano de controle de constitucionalidade na Europa. Contudo, por melhor atender à metodologia e ao raciocínio empregado no presente tópico, a análise será iniciada pelo último fator mencionado pelo autor, deixando a questão da sacralização da lei para ser analisada por último.

¹⁰ Segundo Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 45-46), “o sistema judicial, em boa parte dos países da Europa, possui mais de uma estrutura jurisdicional, isto é, ao lado dos tribunais ordinários encontra-se uma estrutura de jurisdição administrativa composta e órgãos próprios. O sistema judicial europeu caracteriza-se pela dualidade ou pluralidade de estruturas judiciais, ao contrário dos Estados Unidos, que adotam o sistema de jurisdição uma. A independência existente entre os órgãos judiciais europeus, em virtude do modo como são estruturados, dificulta ainda mais a uniformização das decisões, pois, por vezes, são levados a aplicar as mesmas leis – mesmo que decidam questões de natureza distintas”.

(FAVOREAU, 2004, p. 20) como um impeditivo à instituição do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade na Europa. Finalmente, é na sacralização da lei – e, também do Parlamento –, aqui considerada como o ato proveniente do legislador ordinário, e não do legislador constitucional, em que se encontra o principal entrave à adoção do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade na Europa. De fato, como mencionado acima, o Estado Liberal desenvolvido na Europa levou a idéia de supremacia da lei (ordinária) às últimas conseqüências. Na França a lei virou dogma a partir da Revolução de 1789 e na Inglaterra o Parlamento tornou-se o órgão privilegiado dessa nova estrutura de poder desde a Revolução Gloriosa de 1688 (CLÈVE, 2000, p. 58-60)¹¹. Nesse contexto, o reconhecimento dos direitos – inclusive dos direitos humanos – estava condicionado à sua previsão na lei regularmente editada pelo Parlamento, pois às declarações de direitos enunciadas nos textos constitucionais era atribuído apenas um sentido meramente político, carente de incidência jurídica e tampouco suscetível de aplicação direta nas relações sociais, como assevera Mônia Clarissa Henning Leal (2007, p. 18). É dizer, às Constituições não era reconhecida qualquer normatividade, pois se entendia que elas apenas estavam vocacionadas a organizar o Estado, sendo que os verdadeiros textos fundamentais eram os códigos civis, normalmente identificados como as constituições da burguesia liberal (LEAL, M., 2007, p. 19). Por esse motivo, principalmente, a Europa não adotou as técnicas de controle de constitucionalidade que vinham sendo praticadas nos Estados Unidos desde o precedente *Marbury versus Madison*, analisado em detalhes no tópico 2.3.2.

Assim, é possível concluir que nesse contexto inicial do Estado Liberal europeu, ao Judiciário cabia apenas aplicar a lei, na melhor forma imposta pela escola do Empirismo Exegético, movimento defensor da interpretação silogística e da subsunção da norma (premissa maior) ao fato (premissa menor) (LEAL, M., 2007, p. 23-24). Os juízes – em particular os da Europa Continental, como advertido por Louis Favoreau (2007, p. 20) – não possuíam poderes excepcionais no que diz respeito à jurisdição constitucional, sendo que as suas atividades eram meramente

¹¹ De fato, segundo Clémerson Merlin Clève (2000, p. 58), desde 1789 desenvolveu-se na França entendimento segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, razão pela qual a soberania da nação reside no Parlamento. Mais adiante, completa o autor (CLÈVE, 2000, p. 60) afirmando que desde “a ‘gloriosa revolução’, vigora o princípio da supremacia não da Constituição, mas do Parlamento. A ‘Constituição inglesa descansa sobre a soberania ilimitada do Parlamento’”.

de aplicação e execução das normas vigentes¹². Tudo isso fez com que a Europa ficasse, até 1920, sem um sistema judicial de controle de constitucionalidade. É dizer, somente após mais de um século a contar do início do *judicial review* norte-americano é que a Europa despertou para a necessidade de um sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, por meio do projeto de Hans Kelsen para a Constituição da Áustria¹³.

2.1.3 A soberania das normas Constitucionais nos Estados Unidos

Com efeito, no início do capítulo foi mencionado que a soberania popular passou, no lugar da soberania divina dos reis, a justificar e a fundamentar o exercício do poder político. Também foi mencionado que na Europa essa soberania manifestou-se na supremacia da lei, propriamente dita, ou do Parlamento, enquanto nos Estados Unidos essa soberania manifestou-se na supremacia das normas constitucionais. Tal diferença, conforme visto, tanto justificou a ausência de um sistema judicial de controle de constitucionalidade na Europa até a década de 1920 quanto permitiu que os membros do Poder Judiciário americano fiscalizassem a constitucionalidade das leis e dos atos normativos da Administração Pública. Mas, porque nos Estados Unidos a supremacia coube à lei constitucional, e não à lei ordinária ou então ao próprio Parlamento, como vinha ocorrendo na Europa, mais precisamente na França e na Inglaterra?

Uma primeira resposta possível pode ser encontrada nas diferenças entre o processo de formação dos Estados Unidos e o processo de Revolução ocorrido na Europa. De fato, na Europa o processo revolucionário significou, antes de mais nada, uma mudança no perfil da sociedade, fato este que refletiu na formação e na organização do novo governo, razão pela qual houve a necessidade de se criarem uma série de leis (código civil, penal, etc.) para disciplinar essa nova ordem (LEAL,

¹² Segundo Estefânia Maria Queiroz Barboza (2007, p. 139), nessa “concepção, o Estado Liberal estabelecia como pilares fundamentais do Poder Judiciário, os princípios da neutralidade e imparcialidade e considerava os Juízes, simples aplicadores ou executores das normas vigentes, ‘vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo que os tribunais’ exercessem ou ditassem ‘as regras de conduta a partir de sua própria existência’”.

¹³ Já Roger Leal Stiefelmann (2006, p. 46) justifica a rejeição do modelo estadunidense na Europa a partir da defesa do princípio monárquico, da difusão das idéias de Lassale, da sacralização da lei e do apego a uma divisão rígida de separação de poderes.

M., 2007, p. 21-22). Tal fato, por si só, justifica a supremacia da lei em si ou mesmo do Parlamento na Europa. Nos Estados Unidos, contudo, a necessidade foi outra, pois nas antigas treze colônias não houve a necessidade de renovação do direito, mas sim da organização política como um todo (LEAL, M., 2007, p. 22). Por isso, a supremacia da lei ordinária ou do próprio Parlamento europeu deslocou-se para a lei constitucional nos Estados Unidos.

No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 55-56) faz uma abordagem semelhante ao tratar do poder constituinte, afirmando que o poder constituinte surgiu na política americana com uma finalidade diferente da que ensejou o seu exercício na Europa, após a Revolução Francesa, visto que não se pretendia nas treze colônias reinventar um soberano onipotente para ocupar o lugar das extintas monarquias absolutistas, mas apenas permitir que o corpo constituinte formado pelo povo fixasse num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, acaso necessário fosse, aos próprios governantes. Ao final, conclui que nos Estados Unidos o conceito de lei proeminente – no caso, lei constitucional – justificou a elevação do poder judicial ao posto de seu verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades (CANOTILHO, 1999, p. 56). A consequência disso tudo é que a Constituição – agora numa posição de superioridade hierárquica – impõe a anulação de quaisquer leis de níveis inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.

Mas porque ao Judiciário coube essa tarefa, já que não havia no texto constitucional americano de 1787 qualquer regra fixando-lhe essa atribuição? Havia, é verdade, a cláusula de supremacia, consubstanciada no artigo VI, cláusula segunda do texto constitucional, segundo a qual a “Constituição e as leis dos Estados Unidos que se fizerem para aplicá-las serão a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado a ela se vincularão” (BONAVIDES, 2005, p. 305-306). Contudo, esse dispositivo não impunha ao Judiciário, ao menos de forma direta, a fiscalização da constitucionalidade das leis e demais atos normativos. Logo, por que ao Congresso ou então ao Presidente da República – lembrando que esta também foi uma criação americana promovida pelo mesmo texto – não foi atribuída essa importante tarefa? Só porque o Poder Judiciário era considerado o menos perigoso

dos três Poderes, uma vez que não possuía controle sobre a espada, sobre a força e tampouco sobre o dinheiro da sociedade¹⁴?

Nesse ponto – já preparando o terreno para a análise do caso *Marbury versus Madison*, mais adiante – é necessário fazer uma menção ao pensamento de Sir Edward Coke, falecido em 1634. Segundo Mauro Cappelletti (1992, p. 58), o filósofo em referência defendia a supremacia da *common law* sobre a *statutory law* (isto é, sobre o direito imposto pelo Soberano ou legislado pelo Parlamento) sendo que no conflito entre ambas a primeira deveria, necessariamente, prevalecer. A mera afirmação dessa supremacia, entretanto, não era garantia de que a *common law* fosse efetivamente respeitada pelo Soberano ou pelo Parlamento. Dessa forma, quem deveria garanti-la contra os arbítrios destes dois últimos? De acordo com Mauro Cappelletti (1992, p. 59), a essa indagação essencial Sir. Edward Coke afirmava, categoricamente, que esse controle ou garantia era função dos juízes¹⁵. Esse pensamento – entendido como um instrumento de luta contra o Soberano ou contra o Parlamento – predominou na Inglaterra por várias décadas até ser abandonada com a Revolução Gloriosa, de 1688, ocasião na qual passou a vigorar o dogma da Soberania do Parlamento, até hoje em vigor. Todavia, antes de ser abandonada na Inglaterra a doutrina de Sir. Edward Coke foi levada para os Estados Unidos onde, anos mais tarde, influenciou a criação da *judicial review*. Melhor explicando, a maior parte das colônias americanas foi regida a partir de Cartas ou Estatutos da Coroa, instrumentos que podem ser considerados as primeiras Constituições das Colônias, seja porque eram vinculatórias, seja porque regulavam as suas próprias estruturas fundamentais (CAPPELLETTI, 1992, p. 60). Essas Cartas – ou Constituições – estabeleciam que as Colônias podiam editar as suas próprias leis desde que fossem razoáveis e que não se opusessem às leis do Reino

¹⁴ Nesse sentido, quem “analisar atentamente os diferentes ramos do poder, percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem ‘força’ nem ‘poderio’, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos (JAY, HAMILTON, MADISON, 1984, p. 576).

¹⁵ Segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 327-348), “Sir Edward Coke (falecido em 1634) era grande defensor da teoria da *common law*, uma tradição de mais de quatro séculos na Inglaterra que afirmava que o soberano não criava direito, apenas o afirmava ou o declarava, o qual poderia ser completado pelo legislador mas não por ele violado. No embate entre os árbitros do soberano e do parlamento, a supremacia da *common law* era garantida pelos juízes”.

da Inglaterra e, por conseguinte, não se opusessem à vontade do Parlamento. Nesse contexto, apesar de já extinta na Inglaterra, a doutrina de Sir. Edward Coke encontrou nas treze colônias terreno fértil para se desenvolver, pois por meio dela era possível atribuir aos juízes o controle de um determinado ato normativo (no caso, as leis editadas pelas Colônias), tendo como parâmetro outro, de hierarquia superior (no caso, as leis do Reino da Inglaterra, frutos do Parlamento supremo desde a Revolução de 1688). Logo, o fato de a doutrina de Sir Edward Coke ter sido transferida para o campo constitucional nos Estados Unidos permitiu – ao lado de outro fatores – o surgimento, neste, de um sistema de controle judicial de constitucionalidade (CLÈVE, 2000, p. 63), do que se conclui, por mais paradoxal que possa parecer, que foi a supremacia do Parlamento que ensejou a possibilidade do Judiciário estadunidense controlar a adequação das leis. É dizer, a supremacia do Parlamento na Inglaterra ensejou a criação do *judicial review* nos Estados Unidos¹⁶.

Alem disso, uma segunda explicação para que a soberania popular se manifestasse nas leis constitucionais, e não nas leis ordinárias ou no próprio Parlamento, como vinha ocorrendo na Europa (mais precisamente, na França e na Inglaterra), foi o receio nas treze colônias da instauração de uma tirania do Parlamento. De fato, no Federalista n. LI é possível encontrar uma preocupação de Alexander Hamilton (1982, p. 417-419) com a predominância do Poder Legislativo nos governos republicanos e com a conseqüente criação de mecanismos tendentes a freá-lo, seja por meio da divisão da legislatura em muitas frações, seja pelo manejo do veto, instituto por meio do qual o Poder Executivo pode conter as iniciativas do Poder Legislativo.

Juntos, tais fatores fizeram com que nos Estados Unidos a soberania popular se manifestasse nas leis constitucionais. Conseqüência lógica foi o desenvolvimento de um sistema de controle de constitucionalidade confiado aos membros do Poder Judiciário. Ainda, ao revés do que aconteceu nas treze colônias, a postura vinculada à lei e ao Parlamento permaneceu por longo turno incólume no direito europeu, vindo a ser modificado apenas e tão-somente após as transformações de fundo que

¹⁶ Segundo Mauro Cappelletti (1992, p. 57-58), um dos fatores que diretamente favoreceu o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano do *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado a supremacia do poder judiciário “tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente o poder judiciário): paradoxalmente, a ‘supremacia do Parlamento’ na Inglaterra’ favoreceu, pois, o nascimento da denominada ‘supremacia dos juízes’ nos Estados Unidos da América”.

se operaram no século XX, com o advento do Estado Social, analisado adiante (LEAL, M., 2007, p. 29).

2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO SOCIAL

2.2.1 O surgimento do Estado Social

Como acima mencionado, a insuficiente rigidez da Constituição em alguns países europeus aliada à ausência de unidade de jurisdição constitucional, a incapacidade do juiz ordinário – notadamente o da Europa Continental – para julgar com base num referencial diferente da lei e, principalmente, a sacralização da lei ou do Parlamento levou a Europa a não aderir ao sistema judicial de controle de constitucionalidade que vinha sendo praticado nos Estados Unidos desde 1803. Somente após mais de um século, já no Estado Social, é que a Europa despertou para a necessidade de um sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. Antes de abordá-lo, contudo, convém analisar o surgimento do Estado Social, visto que algumas das mudanças que levaram à sua implementação, como alternativa ao modelo liberal clássico, estão intimamente ligadas as razões que ensejaram a criação dos Tribunais Constitucionais.

Pois bem. Com a queda das monarquias absolutistas européias, a burguesia arvorou-se como representante única do Terceiro Estado e virou as costas para as demais classes sociais que também o integravam. Tal fato deu origem a uma série de desigualdades fáticas, como a pobreza, a fome, o desemprego e o trabalho em condições desumanas. Em razão desse quadro, necessitou “entrar em cena um Estado que, pela intervenção na economia, pudesse corrigir esses defeitos de origem do Estado Liberal” (BESTER, 2005, p. 21-22). Melhor explicando, apesar de ter representado um avanço na limitação do poder político e na conquista e reconhecimento de direitos, ao priorizar excessivamente o valor liberdade, o modelo Liberal de Estado abriu espaço para inúmeras injustiças, fato este que abriu os olhos da sociedade para a necessidade de justiça social. Além disso, conforme José

Afonso da Silva (2005, p. 113), a noção de Estado Liberal como Estado de Direito admitiu concepções deformadoras que culminaram na instituição de regimes atentatórios contra as próprias liberdades que se pretendia resguardar¹⁷. Com isso, surge no século XX¹⁸ o chamado Estado Social – ou Estado Social de Direito –, sendo que o qualificativo que o acompanha volta-se à correção do individualismo do modelo anterior por meio da afirmação dos chamados direitos sociais e pela realização de objetivos de justiça social (SILVA, 2005, p. 115). O Estado, então, abandona a sua neutralidade e passa a intervir fortemente na sociedade e na economia, tomando para si a responsabilidade de “transformar a estrutura econômica e social no sentido de uma realização material da igualdade, a fim de impedir que a desigualdade de fato destrua a igualdade jurídica” (LEAL, M., 2007, p. 33), valor por excelência do Estado Social (NICZ, 2004, p. 265)¹⁹. A consagração desse novo modelo de Estado marca a superação da perspectiva liberal típica do modelo anterior na medida em que toma o homem para além de sua condição individual e impõe ao Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material, tudo para neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade (BARROSO, 2006, p. 97)²⁰. De fato, a partir da Constituição mexicana de 1917, seguida de perto pela

¹⁷ “Houve, porém, concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito. Por isso, cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão ‘Estado de Direito’ pode ter tantos significados distintos como a própria palavra ‘Direito’ e designar tantas organizações quanto as que se aplica à palavra ‘Estado’ . Assim, acrescenta ele que há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e como o Direito histórico. Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material” (SILVA, 2005, p. 113).

¹⁸ Segundo Mônia Clarissa Henning Leal (2007, p. 31), o processo de surgimento do Estado Social tem “suas origens ainda no começo do século XX, quando, diante das flagrantes desigualdades geradas pela noção de igualdade jurídica deixada entregue ao livre desenvolvimento do mercado, começam os movimentos sociais a reclamar uma atuação mais forte por parte do Estado, no sentido de regulação de certas distorções provocadas pelo modelo anterior. Surge, assim, um novo modelo estatal, denominado Estado de Bem-Estar Social (ou Welfare State), orientado por um novo entendimento do princípio da igualdade, que deixa de ser compreendido meramente sob a perspectiva formal para converter-se em elemento material, isto é, ele não se entende mais realizável senão mediante a igualdade social, o que quer dizer que a igualdade não se dá tão-somente perante a lei, mas, fundamentalmente, através dela”.

¹⁹ De fato, afirma o autor (NICZ, 2004, p. 265) que enquanto “no Estado Liberal a liberdade constituía-se em valor de primeiro plano, no Estado Providência a igualdade é posta como valor supremo. Num conflito entre ambos nessa última forma de Estado, a igualdade se sobrepõe à liberdade”.

²⁰ Análise interessante sobre o advento dos direitos sociais nas Constituições é feita por Gisela Maria Bester (2005, p. 52). Segundo a autora, para “o ingresso de direitos de cunho social nos textos constitucionais foi fundamental a paulatina ampliação do direito de voto. Explicamos: com a progressiva conquista do voto pelas classes despossuídas economicamente, estas puderam eleger representantes aos parlamentos, os quais, por sua vez, pouco a pouco puderam ir introduzindo direitos que contemplavam os interesses das classes que representavam. Assim, quanto mais

alemã de 1919 (Weimar), praticamente todas as constituições escritas ocidentais trouxeram normas de cunho social buscando uma reconciliação entre o Estado e a Sociedade²¹. Além disso, a influência de outros movimentos socializantes – como, por exemplo, a Revolução Russa, ocorrida no interregno entre as duas Constituições acima indicadas – também contribuíram para a mudança do perfil dos direitos fundamentais nas Constituições do Estado Social²².

Nesse contexto, as Constituições também assumiram um novo perfil, passando a integrar categorias de normas nunca antes vistas, como os direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais, culturais e econômicos – cuja efetivação condiciona-se a um fazer, isto é, a uma atuação positiva do Estado. Ainda, outro marco das Constituições do Estado Social foi a previsão, pela primeira vez na história, das chamadas normas programáticas, isto é, daquelas normas constitucionais que, ao invés de regulamentarem direta e imediatamente um determinado interesse, trazem apenas os princípios para serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2007, p.138). No entanto, a pretexto cômodo de inobservá-las, a aplicabilidade das normas programáticas foi, à época, duramente criticada com base em três pontos principais, quais sejam, (i) o fato de terem por conteúdo princípios implícitos do ordenamento jurídico, (ii) a circunstância de enunciarem programas políticos até então considerados não vinculantes e, finalmente, (iii) a textura genérica, vaga e abstrata de seus enunciados, que pareciam tornar impossível qualquer pretensão de aplicá-las positivamente (BONAVIDES, 2005, p. 246). Por serem novidades, aqueles que com elas não concordavam sustentavam que as normas programáticas buscavam apenas atribuir um fim ao Estado, dizendo-lhe para onde ir e como caminhar, motivo este que levou a doutrina tradicional a chamá-las

sufrágio deixava de ser censitário, mais se ampliava o rol de direitos nas Constituições e isso marcou a mudança do perfil das próprias Constituições”.

²¹ De acordo com Paulo Bonavides (1995, p. 564) uma vez proclamados “nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do pós-guerra”.

²² Segundo Fábio Konder Comparato (2001, p. 184-186), entre “a Constituição mexicana e a Weimarer Verfassung, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunidos em Moscou, adotou, em 4 de janeiro de 1918, portanto antes do término da 1ª Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas às suas conseqüências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo sócio-econômico quanto no político”.

de simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador ou programas futuros juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade (CANOTILHO, 1999, p. 1102). Entretanto, a evolução da doutrina encarregou-se de fornecer elementos para a superação dessas críticas, sendo que atualmente é possível afirmar que as normas programáticas contam com um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da constituição, gozando, ainda, de um conteúdo vinculativo positivo para o legislador, que deve empenhar-se na edição de atos normativos voltados à sua realização, e para os demais órgãos concretizadores, que devem tomá-las como diretivas materiais permanentes, além de um conteúdo negativo tendente a macular de inconstitucionalidade aqueles preceitos que as contrariem²³. O advento desse novo modelo de Estado, marcado pelas características acima mencionadas, repercutiu direta e indiretamente no exercício da jurisdição constitucional, como adiante restará demonstrado.

2.2.2 A descrença no Parlamento e a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento dos Tribunais Constitucionais

Todo esse processo de intensas mudanças políticas e sociais desenvolveu-se em meio a um sentimento de desilusão com a soberania da lei e, principalmente,

²³ Em J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 1102-1003) é possível encontrar uma síntese desses efeitos. “Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador de forma permanente à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam”. Ainda, para Luis Roberto Barroso (2006, p. 117), as normas programáticas não ensejam para o indivíduo um direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Contudo, fazem nascer um direito subjetivo negativo que impõe aos Poderes Públicos uma proibição de praticarem atos que as contrariem. Segundo afirma, objetivamente, “desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos” (BARROSO, 2006, p. 117).

com a soberania do Parlamento, que acabou favorecendo o surgimento dos Tribunais Constitucionais na Europa. De fato, Louis Favoreau (2004, p. 22-26) menciona que o sucesso da implantação das mencionadas Cortes Constitucionais na Europa, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, deveu-se à conjugação de razões históricas, teóricas e institucionais ou políticas, assim sintetizadas: (i) em relação às razões históricas, além de antecedentes de Tribunais Constitucionais na Europa durante o século XIX²⁴, as terríveis experiências nazistas e fascistas na Alemanha e na Itália, respectivamente, e a vontade de fundar uma verdadeira democracia na Espanha e Portugal, causas imediatas das criações das respectivas Cortes Constitucionais nos respectivos países; (ii) em relação às razões teóricas que levaram à criação das Cortes Constitucionais, as contribuições de Hans Kelsen e de seu discípulo, Charles Eisenmann, também justificaram o exercício da jurisdição constitucional por um Tribunal Constitucional; (iii) finalmente, em relação às razões institucionais ou políticas é possível afirmar que também a desconfiança em relação ao Parlamento e a sua potencial ofensividade aos direitos das minorias foi um ponto favorável à criação dos Tribunais Constitucionais. Ademais, na transição do Estado Liberal para o Estado Social ficou claro que o Parlamento não conseguiu realizar a justiça social e não foi suficiente para coibir o advento de regimes autoritários. Por isso, segundo Louis Favoreau (2004, p. 23), não havia mais porque temer ferir a soberania do legislador, pois este “falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também”.

Ainda, na formulação de Hans Kelsen – idealizador dos Tribunais Constitucionais, nos moldes atuais, conforme será abordado no tópico 2.3.3, adiante – a problemática da soberania do Parlamento é superada independentemente da sua aceitação ou reprovação social, na medida em que a Constituição passa a ser vista como o fundamento de validade do ordenamento jurídico, devendo todos os poderes, inclusive o Legislativo, a ela se subordinar (LEAL, R., 2006, p. 50). De fato, a ofensividade da jurisdição constitucional à soberania da lei em si e do Parlamento foi rechaçada por Hans Kelsen (2003, p. 150) na exposição intitulada “A garantia jurisdicional da Constituição”, de 1928, sob o argumento de impossibilidade de um

²⁴ Segundo o autor (FAVOREAU, 2004, p. 23), em particular na Alemanha e na Áustria “a idéia de um Tribunal do Império com atribuições de uma Corte Constitucional, ao menos no que se refere aos litígios federais, foi expressa desde 1848 e realizada, ao menos na Áustria, em 1867. Podemos também mencionar, no mesmo sentido, o precedente do ‘júri constitucional’ de Sieyès, na França, e o Tribunal das garantias constitucionais da II República, na Espanha”.

órgão estatal específico ser soberano, já que, no máximo soberana, é a ordem estatal como um todo. Por isso, qualquer afirmação da incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador não passa, de acordo com o autor (KELSEN, 2003, p. 151), de uma tentativa de dissimular o desejo do poder político²⁵.

Todas essas mudanças contribuíram para o surgimento de um ambiente propício ao desenvolvimento dos Tribunais Constitucionais. Contudo, é curioso notar que se o advento do Estado Social na Europa viabilizou esse contexto favorável à jurisdição constitucional, nos Estados Unidos houve um arrefecimento do exercício do *judicial review*. De fato, segundo Toni M. Fine (2007, p. 372-373), após a crise de 1929, a Suprema Corte Americana abdicou de seu papel pró-ativo no controle de constitucionalidade das leis exercido no decênio 1920-1930 e praticamente não declarou inconstitucional nenhuma lei na vigência do *New Deal*. A explicação para esse motivo ora é atribuída à mudança na composição da Suprema Corte Americana por ocasião das nomeações do então Presidente Roosevelt, ora à conscientização dos seus membros sobre a necessidade de efetivação do referido plano para salvar a economia do país (FINE, 2007, p. 373). Tal contexto perdurou até a Corte Warren entre os anos 1953 e 1969, ocasião na qual a Suprema Corte Americana voltou a decidir ativamente, sendo dessa época grande parte de suas decisões sobre os direitos instituídos pelo novo modelo Social de Estado, principalmente a igualdade, agora em sentido material (no caso, foi dessa Corte a importante decisão derrubando a segregação racial em escolas públicas)²⁶.

²⁵ Segundo Hans Kelsen (2003, p. 150-151), uma das primeiras críticas feitas ao sistema judicial de controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais está na violação ao princípio da soberania do Parlamento. “Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo. No entanto, mesmo se tal tendência for aprovada por motivos de oportunidade, não há argumento jurídico em que ela possa se embasar” (KELSEN, 2003, p. 150-151).

²⁶ “Em seus dezesseis anos, a Corte Warren declarou inconstitucionais 19 leis federais e um número ainda maior de leis estaduais. Suas invalidações de leis estaduais receberam a maior atenção, porque lidaram com muitas das questões explosivas da época, e incluíram *leasing cases* sobre liberdades civis, inclusive direitos dos penalmente acusados, e devido processo substantivo. Entre as decisões-marco desse período, a Suprema Corte declarou inconstitucional a segregação em escolas

2.2.3 A contestação de Carl Schmitt

Tão logo aberta a via para a instauração dos Tribunais Constitucionais na Europa, Carl Schmitt insurgiu-se contra a legitimidade que lhes foi outorgada. Isso porque, no seu entendimento, a partir de uma interpretação extensiva do artigo 48 do texto constitucional alemão de 1919, a guarda da Constituição deveria ser entregue não ao Poder Judiciário – ou, mais precisamente, às Cortes Constitucionais – mas sim ao Chefe de Estado, no caso, ao *Führer* do *Reich* alemão, haja vista a legitimação conquistada em processo eleitoral com ampla participação popular e a posição de neutralidade em relação ao sistema político partidário (LEAL, M., 2007, p. 43-44). Além disso, para justificar a titularidade da guarda da Constituição nas mãos do Chefe de Estado, Carl Schmitt defendia – a partir de uma premissa estritamente vinculada à lei – que a única função do Poder Judiciário era subsumir as condutas postas à sua apreciação a uma norma oriunda do Poder Legislativo, hipótese na qual qualquer forma de controle de constitucionalidade ficaria afastada (LEAL, M., 2007, p. 45)²⁷.

públicas e afirmou que a Constituição resguarda um direito geral à privacidade. A Corte também aumentou dramaticamente o âmbito da doutrina da extensão de proteções contidas na declaração de direitos aos estados. Muitas dessas proteções beneficiavam pessoas acusadas pela prática de crimes. A Corte também decidiu que a Constituição impunha que se fornecesse aos réus criminais pobres um advogado custeado pelo governo. Sob a presidência do Juiz Presidente Earl Warren, a Suprema Corte também interpretou a Quinta Emenda à Constituição como incluindo um componente de proteção isonômica, assentou que a cláusula da interpretação isonômica requer que assentos na legislatura estadual sejam distribuídos com base em princípios de ‘uma pessoa, um voto’, e decidiu que tentativas de modificar a forma como os distritos eleitorais são delineados (*reapportionment*) consistem em questões justiciáveis, rejeitando o argumento de que tais questões seriam ‘políticas’ por natureza e que, portanto, excederiam a competência do tribunal federal. A Corte Warren também deu uma série de decisões significantes a respeito da Primeira Emenda, estendendo o direito à liberdade de expressão a crianças de escola e confirmando que o direito a liberdade de expressão inclui o discurso simbólico. A Corte também assentou que as escolas públicas não podem convencionar leituras obrigatórias da Bíblia ou rezas voluntárias”:

²⁷ “Quando Schmitt caracteriza o controle de constitucionalidade de uma lei no sentido de que aqui é apenas ‘confrontado o conteúdo de uma lei com o de outra, sendo estabelecida uma colisão ou contradição’, de modo que apenas ‘são comparadas regras gerais, mas não subsumidas uma à outra ou aplicadas uma à outra’, ele força um entendimento da realidade de modo tal que não vê a diferença entre a lei como norma e a produção da lei como suporte fático. Ele é simplesmente vítima de um equívoco. Em consequência, falha totalmente o seu argumento, apresentado em todas as variações possíveis, de que não existe uma ‘jurisdição da lei constitucional sobre a lei ordinária’, nem ‘uma jurisdição da norma sobre a norma, uma lei não pode ser guardiã de uma outra lei’. Na jurisdição constitucional não se trata – como Schmitt exige da teoria normativa que analisa essa função – de que uma norma deva ‘proteger normativamente a si mesma’, ou que uma lei mais forte deva proteger uma lei mais fraca ou vice-versa, mas sim meramente que uma norma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mesmo, num nível superior” (KELSEN, 2003, p. 257).

Hans Kelsen (2000, p. 236-298) rebateu a tese de Carl Schmitt no famoso “Quem deve ser o guardião da Constituição?” – obra contra-argumentativa segundo a qual o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos deve, sim, ser feito pelos Tribunais e não ao Chefe de Estado ou então a qualquer outro que pretenda fazer as suas vezes²⁸, pois o órgão apresenta-se como um poder neutro, livre das tensões entre o Parlamento e o Governo (aqui compreendido como o Executivo). De fato, partindo da premissa de que nos casos mais importantes de violação constitucional os dois Poderes acima mencionados normalmente são os litigantes, é realmente “recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo” (KELSEN, 2003, p. 275).

O passar dos anos consolidou a tese de Hans Kelsen em detrimento da tese de Carl Schmitt, acusado de servir aos interesses do nazismo. Contudo, isso não significa que o primeiro estava completamente correto ou que o segundo estava completamente equivocado. Em relação à teoria de Hans Kelsen, por exemplo, a noção de legislador negativo – de acordo com a qual a “função de anular um ato normativo de caráter geral consiste, na realidade, em produzir uma nova norma geral em sentido contrário à primeira” (LEAL, R., 2006, p. 51) – não foi adotada em sua plenitude, visto que em matéria de controle de constitucionalidade prevaleceu o sentimento de uma verdadeira jurisdição constitucional²⁹. Da mesma forma, é forçoso admitir que Carl Schmitt não estava de todo equivocado, principalmente no que diz respeito à necessidade de uma instância para o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público – mas não, é verdade, nas mãos do Chefe do Estado – e da necessidade de imposição de limites

²⁸ Já nas primeiras páginas do artigo em referência Hans Kelsen (2003, p. 243) dirige contundente crítica a Carl Schmitt. Segundo o autor, é “surpreendente o fato de uma nova coleção de monografias sobre direito público, as ‘Contribuições para o direito público da atualidade’, iniciar sua série com um trabalho que, com o título O guardião da Constituição [Der Hüter der Verfassung] está dedicado justamente ao problema da garantia da Constituição. Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina opositor do pouvoir neutre do monarca, de Benjamin Constant – e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na Berliner Handelshochschule, Carl Schmitt” (KELSEN, 2003, p. 243).

²⁹ Nesse sentido, no tópico 3.3.2 será abordada com mais detalhamentos a noção de legislador negativo em Hans Kelsen, assim como restará demonstrado que uma das características comuns dos Tribunais Constitucionais é possuir aquilo que Louis Favoreau (2004, p. 32) chama de uma verdadeira jurisdição, idéia ligada à afirmação do Direito com autoridade de coisa julgada.

ao exercício da jurisdição constitucional, acerto este admitido pelo próprio Hans Kelsen (2003, p. 262)³⁰.

2.3 ANTECEDENTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.3.1 Antecedentes remotos da jurisdição constitucional

De um modo geral, a doutrina é praticamente unânime ao afirmar que as modernas técnicas, jurisdicionais³¹ e repressivas³², de controle de constitucionalidade surgiram nos Estados Unidos a partir da decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Marbury versus Madison*, de 1803, adiante analisada. No entanto, autores como Mauro Cappelletti (1992, p. 49-57) e Toni M. Fine (2007, p. 351) reconhecem a existência de precedentes de controle de constitucionalidade anteriores ao caso mencionado, seja em outros sistemas, seja na própria Suprema Corte Americana. Não bastasse, também é possível notar nos debates prévios à ratificação da Constituição norte-americana realizados na Convenção da Filadélfia de 1787 – os quais deram origem a uma série de artigos que, anos mais tarde foram, publicados sob o título “O Federalista” – a preocupação de alguns delegados

³⁰ “Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos limites da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima. Nesse contexto, porém, a questão não deve ser colocada como um problema conceitual de jurisdição, mas sim como um problema sobre a melhor configuração da função desta, devendo separar-se claramente ambos os problemas” (KELSEN, 2003, p. 262).

³¹ Segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 339), de um modo geral, os adjetivos jurisdicional, jurídico ou judicial designam o “tipo de controle de constitucionalidade realizado exclusivamente por integrantes do Poder Judiciário, sejam estes todos os juízes e tribunais (via difusa), seja apenas um ou pouco tribunais que concentrem essa função (via concentrada), exercendo todos uma função jurisdicional”.

³² Por sua vez, o controle repressivo – também chamado de sucessivo ou *a posteriori* – é aquele voltado a “reprimir uma inconstitucionalidade presente em norma já preexistente e que já nasceu com esse vício, dito vício de inconstitucionalidade. É também chamado de posteriori porque o momento de sua realização é posteriormente ao nascimento da norma, ou seja, controlam-se normas que já existem, que já transpuseram com sucesso todas as fases do seu respectivo processo legislativo. De regra, esse controle é o realizado naqueles sistemas de controle jurisdicional, ou seja, que envolvem a atuação dos membros do Poder Judiciário” (BESTER, 2005, p. 343-344). Contudo, isso não significa dizer que todo controle judicial seja repressivo, pois na experiência brasileira de controle de constitucionalidade é possível encontrar precedentes do STF afirmando a possibilidade de controle preventivo no contexto do modelo difuso, do mesmo modo que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – também contempla a possibilidade de controle jurídico preventivo no modelo abstrato (BESTER, 2005, p. 343).

com a ausência de um sistema de controle de constitucionalidade no texto em discussão (BINENBOJM, 2001, p. 27). Juntos, tais fatores levam a crer que a decisão-marco do controle de constitucionalidade, qual seja, a *Marbury versus Madison*, não foi proferida por acaso, a partir do nada, mas sim a partir do amadurecimento de uma situação, de um sentimento, que já se fazia presente (FINE, 2007, p. 351).

Em primeiro lugar, Mauro Cappelletti (1992, p. 49) afirmava que tanto em Atenas quanto na Idade Média já era possível visualizar um princípio de controle de constitucionalidade, haja vista a presença nos seus respectivos ordenamentos jurídicos da idéia de supremacia de uma norma, ou então de uma classe delas, sobre outros tipos de normas – pressuposto para o exercício do controle de constitucionalidade, como adiante restará demonstrado –, sendo que no conflito entre ambas, prevaleciam sempre as normas de hierarquia superior em detrimento das normas de hierarquia inferior. Em relação à primeira hipótese, o autor (CAPPELLETTI, 1992, p. 49) afirmava que o Direito ateniense fazia uma distinção entre *nomos*, isto é, a lei em sentido estrito, e *psefisma*, ou seja, os decretos; o primeiro aproximava-se das leis constitucionais contemporâneas – pois dispunham sobre a organização do Estado e somente podiam ser modificadas por um procedimento especial –; o segundo aproximava-se das atuais leis ordinárias – pois podiam dispor sobre qualquer coisa. Este devia obedecer aos termos daquele, e nas ocasiões em que a incompatibilidade entre ambos se apresentava, a consequência era a responsabilização penal para aquele que havia proposto o *psefisma* e o reconhecimento da invalidade deste³³. Em relação à segunda hipótese, o autor (CAPPELLETTI, 1992, p. 52) afirmava que na Idade Média o direito natural – de inspiração divina – sobrepunha-se ao direito positivo, sendo que no conflito entre ambos, o primeiro prevalecia e o segundo era reputado nulo e, sob nenhuma

³³ De fato, de acordo com Mauro Cappelletti (1992, p. 50-51), as consequências do *psefisma* contrário a *nomos* eram duas: “Por um lado, dela derivava uma responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto, responsabilidade que se podia fazer valer dentro de um ano, mediante uma ação pública de ilegalidade chamada *grafè paranómon*. Por outro lado, julga-se que derivasse, ainda, a invalidade do decreto contrário à lei, por força do princípio que se encontra afirmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual o *nómos*, quando estava em contraste com um *pséfisma*, prevalecia sobre este (...). Os juízes atenienses, portanto, não obstante fossem obrigados por solene juramento a julgar “*Kata tòus nómus Kai Katà psefismata*” (“segundo a lei e segundo os decretos”), não podiam, porém, ser obrigados a julgar segundo os *pséfismata*, a menos que estes não fossem contrários aos *nómoi*”.

perspectiva, vinculatório³⁴. Tal regra foi mantida com o advento do jusnaturalismo racionalista nos séculos XVII e XVIII com uma pequena diferença, porque agora o fundamento do direito positivo desvinculava-se de quaisquer pressupostos transcendentais e teleológicos e tornava-se exclusivamente imanentista (BESTER, 2005, p. 347). Ainda com Mauro Cappelletti (1992, p. 62-63), mesmo no direito norte-americano é possível encontrar precedentes anteriores ao caso *Marbury versus Madison* reconhecendo a possibilidade do Poder Judiciário invalidar um determinado texto legal contrário às normas constitucionais vigentes, tais como os casos *Holmes contra Walton*, decidido em 1780 pela Corte Suprema de New Jersey, e *Commonwealth contra Caton*, decidido em 1782 pela Corte de Virgínia, nos quais foi reconhecida a não-aplicabilidade de leis contrárias às novas cartas constitucionais dos Estados Unidos.

Em segundo lugar, Toni M. Fine (2007, p. 351) afirma que mesmo antes de *Marbury versus Madison* a Suprema Corte Americana já havia reconhecido o seu poder de anular as leis e outros atos normativos em nada menos que trinta e um casos, sendo que num deles uma lei foi julgada inconstitucional e invalidada e em outros sete as leis em questão foram preservadas, apesar de um alguns juízes terem as reputado inconstitucionais, além de mais vinte e nove decisões em que se reconheceu apenas a possibilidade do *judicial review*. Dentre esses casos, Toni M. Fine (FINE, 2007, p. 353) chama a atenção para o *Hylton versus United States* e para o *Ware versus Hylton*, ambos de 1796: no primeiro, a Suprema Corte Americana manteve um ato do Congresso que instituiu um tributo sobre transportes individuais, sugerindo, porém, o seu poder de rever as leis quanto à sua consistência com a Constituição; no segundo, a Suprema Corte sustentou que uma lei editada pelo Estado de Virgínia estava em desacordo com o Tratado de Paris e, com base na cláusula de supremacia da Constituição dos Estados Unidos, declarou-a

³⁴ Segundo Mauro Cappelletti (1992, p. 52), na Idade Média a “idéia de jus naturale assumia um lugar preeminente: o direito natural era configurado como a norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas. Como escreveu um jurista moderno, ‘o ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente nulo e não vinculatório, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Segundo, enfim, alguns teóricos, mesmo os súditos individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do comando não conforme ao direito (natural), tanto que a imposição coativa da norma antijurídica justificava a resistência, mesmo armada, e, até, o tiranicídio (...). A concepção medieval foi, então, nas suas formulações mais difundidas, bem clara na distinção entre duas ordens de normas: a do jus naturale, norma superior e inderrogável, e a do jus positum, obrigada a não estar em contraste com a primeira”.

inconstitucional. Dessa forma, mesmo nos Estados Unidos é possível identificar precedentes de controle de constitucionalidade anteriores à *Marbury versus Madison*.

Em terceiro lugar, Gustavo Binimbojm (2001, p. 27) chama a atenção para os debates prévios à ratificação da Constituição dos Estados Unidos, na Convenção da Filadélfia de 1787, a respeito da ausência de um sistema de controle de constitucionalidade no texto em discussão. Consoante Toni M. Fine (2007, p. 351), a questão não foi analisada tecnicamente, mas sim incluída num contexto de problemas relacionados, sendo que a maior parte dos delegados – talvez com a intenção de resguardar a supremacia do texto em vias de ser ratificado – opinou favorável à instituição de um sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Poder Público³⁵. De qualquer forma, tecnicamente ou não, é fato que o assunto entrou na pauta da Convenção da Filadélfia. Além disso, para evidenciar ainda mais a afirmação, sabe-se que os debates travados na Convenção de Filadélfia deram origem à famosa coletânea de artigos intitulada “O Federalista”. Em dois dos seus textos, quais sejam, nos de número LXXVIII e LXXXI, Alexander Hamilton “sustenta a idéia de que a Constituição deve ser vista como lei fundamental, cabendo aos juízes proclamar a nulidade das leis ordinárias a ela contrárias” (BINENBOJM, 2001, p. 27)³⁶. Nesse sentido, partindo da premissa segundo a qual o reconhecimento em favor do Judiciário da competência para anular as leis ou atos normativos contrários à Constituição não significa a sua superioridade em relação aos demais; o articulista afirma que sempre que algum ato

³⁵ Com efeito, segundo Lenio Luiz Streck (2002, p. 265), os membros da Convenção por várias vezes se expressaram publicamente favoráveis a conceder aos tribunais a faculdade de controlar o Poder Legislativo. Ainda, vale a pena conferir a passagem adiante, de Toni M. Fine (2007, p. 351), aparentemente “o controle judicial de constitucionalidade não recebeu grande atenção durante a assembléia constituinte ou os debates que a seguiram. Conforme concluiu um escritor: Não havia na convenção de Filadélfia discussão específica acerca do controle judicial de constitucionalidade. Este foi discutido, mas no contexto de debates sobre problemas relacionados... Houve algumas declarações expressando oposição ao controle judicial de constitucionalidade... Mas existiam mais declarações a favor desse poder. Por essas manifestações a favor do controle judicial de constitucionalidade serem breves e abstratas em sua natureza, entretanto, elas fornecem poucos detalhes a respeito de como era compreendido o alcance de tal poder”.

³⁶ Aliás, para Lenio Luiz Streck (2002, p. 263), a “prova de que já na Convenção de 1787 se falava no judicial review está no comentário de Hamilton, em O Federalista”. Da mesma forma, Paulo Bonavides (2005, p. 306) afirma ser possível presumir que “os constituintes de Filadélfia tivessem já presente ao espírito a necessidade de estabelecer um sistema de controle que fizesse as leis ordinárias sempre conformes à Constituição. Basta que se atente no lugar seguinte do *Federalista* onde Hamilton parece inculcar a conveniência desse controle”.

normativo contrariar a vontade do povo, consubstanciada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, e não àquela (HAMILTON; JAY; MADISON, 1984, p. 576)³⁷.

Por tudo isso, é possível concluir que a corajosa decisão do Chefe de Justiça Marshall no precedente *Marbury versus Madison* sobre a supremacia das normas constitucionais e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de o Judiciário anular as leis que com elas fossem incompatíveis, não foi um gesto de improvisação, mas sim “um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal” (CAPPELLETTI, 1992, p. 63). A bem da verdade, a indicação do precedente como marco do nascimento do controle judicial de constitucionalidade pode ser compreendida como uma “convenção historiográfica a ser relativizada para a melhor compreensão do fenômeno” (MENDES, 2008, p. 14). De qualquer forma, se de um lado o precedente mencionado não representou nada de novo – ressalvadas opiniões em contrário³⁸ –, de outro, teve o indiscutível mérito de consolidar o poder judicial de controlar a constitucionalidade de atos normativos como um componente essencial do Direito Constitucional contemporâneo, de modo que até “os dias de hoje, *Marbury* permanece como uma das mais celebradas e importantes decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos” (FINE, 2007, p. 352)

³⁷ “Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. [...] Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde afirmar que [...] os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes, estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proibem. Se se imaginar que os congressistas devem ser os juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes. [...] Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em conseqüência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes. Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1984, p. 576-578).

³⁸ André Ramos Tavares (2005, p. 120), por exemplo, entende que Marshall “é indicado, corretamente, como o responsável pela implementação (e solidificação) do sistema de judicial review”. No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2005, p. 311) consigna que a base jurisprudencial do controle difuso de constitucionalidade “principia na decisão do caso ‘*Marbury vs Madison*’”.

ou, como prefere Luis Roberto Barroso (2004, p. 166-167), “a mais célebre decisão judicial de todos os tempos”. Por isso, é necessário analisá-lo mais cuidadosamente, na forma em que adiante segue.

2.3.2 O caso *Marbury versus Madison*, de 1803: o surgimento e as características do controle difuso de constitucionalidade

Apesar de possuir inegável importância no contexto da jurisdição constitucional é possível encontrar na literatura jurídica detalhes sobre a decisão proferida pelo Chefe de Justiça Marshall no caso *Marbury versus Madison* que, de certa forma, ofuscam um pouco da glória conquistada pelo seu legado para a doutrina constitucional moderna. De fato, para que o precedente fosse criado foram necessárias brigas políticas no plano fático envolvendo o alto escalão dos Estados Unidos e ameaças por parte do então Presidente da República de destituir via *impeachment* todos os juízes da Suprema Corte que votassem contrário aos seus interesses, além de duras críticas formuladas pelo mesmo Presidente em desfavor do Juiz Marshall pela forma com a qual conduziu o julgamento. Cada um desses pontos será, oportunamente, analisado. Antes, convém investigar o que foi, afinal, esse caso.

Segundo relata Gisela Maria Bester (2005, p. 350-352), em 1801 os republicanos conquistaram nos Estados Unidos tanto as eleições presidenciais, com a vitória de Thomas Jefferson sobre o candidato à reeleição John Adams, quanto a maioria dos assentos no Congresso, restando para os federalistas apenas alguns cargos para o Poder Judiciário, cujo acesso se fazia por nomeação do Presidente da República, com o consentimento do Senado. Por esse motivo, antes de ceder o cargo para Thomas Jefferson, o candidato perdedor, mas ainda na presidência da República, John Adams, premiou vários de seus correligionários com cargos de juízes federais e de juízes de paz. Contudo, à época, as nomeações para esses cargos eram feitas por meio da entrega pessoal das chamadas *Commissions* – uma espécie de termo de nomeação – visto que inexistia nos Estados Unidos um sistema de jornais oficiais, tal qual o Diário Oficial da União aqui existente, sendo que o responsável por essa entrega era o Secretário de Estado, na ocasião, cargo

ocupado por ninguém menos que John Marshall, nomeado meses mais tarde para ocupar uma vaga na Suprema Corte Americana.

Ocorre que envolto com a correria de final de mandato, Marshall não conseguiu entregar todas as *Commissions* aos seus destinatários, estando, dentre um deles, um cidadão chamado William Marbury, que a aguardava para atuar como juiz de paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia. Ao tomar posse, Thomas Jefferson determinou ao novo Secretário de Estado, encarregado pela entrega das *Comissions*, James Madison, que os atos que ainda não tivessem sido entregues não o fossem mais. Por esse motivo, Marbury ingressou em 1803 com um *Writ os Mandamus* – espécie de mandado de segurança – contra James Madison perante a Suprema Corte Americana, agora presidida pelo mesmo John Marshall, antigo Secretário de Estado de John Adams, com um *Writ of Mandamus*, requerendo que o termo fosse entregue a fim de poder assumir o cargo para o qual havia sido nomeado ainda no contexto da Presidência anterior. James Madison sequer contestou o pedido, talvez motivado pelas ameaças de Thomas Jefferson de que já avisara que não cumpriria a decisão da Suprema Corte Americana, acaso fosse ela positiva, e que nesta hipótese, destituiria por *impeachment* todos os juízes que votassem a favor do demandante (BESTER, 2005, p. 351-352)³⁹.

Talvez impelida por essa ameaça, a Suprema Corte Americana iniciou o julgamento reconhecendo, no mérito, que Marbury tinha, sim, o direito de ser investido no cargo, fato este que demonstrou para a opinião pública a posição do mencionado Tribunal sobre a ilegalidade da conduta do Presidente Thomas Jefferson e de seu Secretário de Estado, James Madison (BINENBOJM, 2001, p. 31). Todavia, a ordem a favor de Marbury foi denegada com base numa preliminar de incompetência da Corte, pois a lei que instituíra a sua competência para decidir casos como o mencionado foi considerada, naquela ocasião, inconstitucional⁴⁰. O Chefe de Justiça Marshall declarou inconstitucional o artigo 13 da Lei Judiciária de 1789 sob o argumento de que ela não poderia ter estendido as competências originárias da Suprema Corte Americana – no caso, para expedir ordens mandamentais originariamente, sem ser em grau de recurso –, fixadas na

³⁹ Para mais sobre o caso Marbury *versus* Madison, ver Sérgio Resende de Barros (2002, p. 596-599).

⁴⁰ Segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 353), “estudos revelaram, mais tarde, que a lei que Marshall deixara de aplicar não tinha nada de inconstitucional”, motivo este que realmente leva a crer que a ordem a favor de Marbury não foi concedida pela ameaça de *impeachment*.

Constituição e, por isso, impossíveis de serem ampliadas por uma lei do Congresso justamente por se chocar com o texto constitucional que enumerava os casos de jurisdição originária da Corte (BESTER, 2005, p. 353).

Analisando a ordem dos acontecimentos, portanto, é possível concluir que a Suprema Corte Americana inverteu a cronologia dos julgamentos – talvez de forma proposital, até mesmo para enviar um recado para a Presidência da República –, pois que principiou o julgamento reconhecendo o direito de William Marbury e a ilegalidade da conduta de James Madison para, ao final, negar a ordem com base numa preliminar de incompetência na qual se discutia a inconstitucionalidade da Lei Judiciária que fixou em seu favor uma competência não prevista no texto constitucional. A bem da verdade, deveria a Suprema Corte ter iniciado o julgamento pela preliminar de incompetência e, somente após o seu afastamento, ter adentrado no mérito (BARROSO, 2008, p. 9; FINE, 2007, p. 354). No entanto, não foi essa a atitude escolhida pelo Chefe de Justiça Marshall, fato este que levou Thomas Jefferson a escrever extensiva e criticamente sobre o seu comportamento, taxando-o de irregular e muito censurável (FINE, 2007, p. 354-355)⁴¹. Detalhes como esses “revelam que o caso não reúne tanta nobreza e dignidade quanto normalmente os manuais de Direito Constitucional fazem crer” (BESTER, 2005, p. 352).

Apesar disso, para que a preliminar fosse reconhecida a Suprema Corte teve que declarar a inconstitucionalidade da lei que lhe atribuía a competência para julgar, originariamente, *Writs* como o impetrado por William Marbury, o que foi feito com base nos seguintes argumentos, conforme se extrai de Gustavo Binenbojm (2001, p. 34): (i) em primeiro lugar, a Constituição é vista como lei fundamental e verdadeira expressão da vontade originária do povo que institui e, ao mesmo tempo, delimita os poderes do Estado (governo limitado); (ii) daí exsurge o princípio da

⁴¹ Segundo Toni M. Fine (2005, p. 354-355), Thomas Jefferson escreveu sobre o comportamento do Juiz Marshall afirmando que a sua atitude “de sair de seu caso para prescrever o que a lei seria em um caso que não se encontra diante do tribunal, é muito irregular e muito censurável.... A Corte (no caso Marbury) logo determinou que, por ser um processo original, eles não tinham competência para julgá-lo; e, portanto, a questão que se encontrava diante deles estava finalizada. Mas o Juiz Presidente continuou para estabelecer o que o direito deveria ser; se eles tivessem competência para deliberar sobre o caso.... Além da impropriedade dessa interferência gratuita, poderia alguma coisa exceder a perversão do direito?.... Mesmo assim, esse caso de *Marbury* e *Madison* é continuamente citado por juízes e advogados, como se fosse direito estabelecido, sem nenhuma advertência de que se trata de uma mera argumentação opinativa (*obiter*) do Juiz Presidente”. Ainda, a reprovação de Thomas Jefferson ao *judicial review* fica clara numa das cartas enviadas a James Madison comentando o entusiasmo sobre a obra “O Federalista”, publicada por este em co-autoria com Alexander Hamilton e John Jay, no qual faz menção à discordância em relação à concepção de revisão judicial detalhada no número LXXVIII (HAMILTON; JAY; MADISON, 1984, p. 82).

supremacia constitucional, segundo o qual nenhum ato do governo ou da legislatura pode subsistir validamente se incompatível com a Constituição⁴²; (iii), consectário lógico, todo e qualquer juiz ou Tribunal chamado a decidir uma demanda pode deixar de aplicar uma norma da legislação ordinária, pertinente ao caso, quando esta se revelar contrária à Constituição⁴³; (iv) finalmente, a lei inconstitucional é declarada nula, isto é, inválida desde o seu nascimento, cabendo ao juiz apenas declarar tal nulidade, de modo que a decisão judicial cinge-se a reconhecer uma situação preexistente, operando, portanto, efeitos retroativos (*ex tunc*)⁴⁴.

Assim sendo, ao reconhecer ao Poder Judiciário o poder-dever de afastar as leis e atos normativos em desconformidade com a Constituição, a Suprema Corte

⁴² No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2005, p. 307) afirma que o Chefe de Justiça Marshall partiu de uma proposição evidente e incontestável: “ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição”. Logo, ou a Constituição é considerada como lei superior e suprema, e, portanto, impossível de ser modificada pelas vias ordinárias, “ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura” (BONAVIDES, p. 307).

⁴³ Ainda de acordo com Paulo Bonavides (2005, p. 307), “é dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que se uma lei colide com a Constituição, se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou de conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com a Constituição, ignorando a lei; em suma, à Corte compete determinar qual dessas regras antagônicas se aplica à espécie litigiosa, pois nisso consiste a essência mesma do dever judiciário”.

⁴⁴ Merece transcrição, pela excelência do raciocínio jurídico, trecho de seu voto que se tornaria clássico: [...] Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e, para que esses limites não se possam tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita. Para que fins os poderes são limitados e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, se a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles a quem se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível com as resoluções ordinárias da legislatura e, como outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível. Se nula a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam” (BINENBOJM, 2001, p. 32-33).

Americana deu origem a uma nova espécie de poder de julgar acima das leis, ou seja, “um poder de julgar que, em nome da Constituição, se sobrepõe às leis de modo a afastar a sua aplicação” (LEAL, R., 2006, p. 27). É dizer, surge a partir de então, um sistema de controle de constitucionalidade difuso, baseado na premissa de que todo tribunal ou juiz singular, “não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei” (BONAVIDES, 2005, p. 311).

Suas características, conforme Sérgio Resende de Barros (2002, p. 599), podem ser resumidas nas seguintes: (i) a competência para controlar a constitucionalidade não é restrita, porém se difunde por todo o Poder Judiciário; (ii) o controle é feito apenas na via incidental, numa ação qualquer, cujo objeto principal é outro, mas sobre o qual incide a questão da inconstitucionalidade como prejudicial ao mérito da causa; (iii) a sentença possui natureza declaratória, sendo que o ato inconstitucional é declarado inconstitucional desde a sua origem, ou seja, possui efeitos *ex tunc*. Ainda, de acordo com Gisela Maria Bester (2005, p. 422-424) o modelo recebe o nome de (i) concreto, pois suscitado num caso posto à apreciação do Poder Judiciário, (ii) subjetivo, uma vez que acontece num caso particular em que se discutem interesses subjetivos bem definidos, (iii) aberto, visto que a competência pertence a todos os juízes, a legitimidade ativa não é restrita, porquanto qualquer um pode suscitar a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo em um processo regularmente instaurado e as normas possíveis de serem questionadas são as mais amplas possíveis, sendo que a hipótese brasileira admite até mesmo o controle de normas constitucionais já revogadas.

Ressalte-se que – como já brevemente mencionado no item 2.1.3 – inexistia na Constituição americana de 1787 qualquer dispositivo autorizando de forma expressa o *judicial review*. O que mais se aproximava de um suporte para a decisão de Marshall – além dos precedentes anteriormente mencionados, bem como do raciocínio de Hamilton no Federalista n. LXXXVIII – era a chamada cláusula de supremacia consubstanciada no artigo VI, cláusula segunda do texto constitucional, segundo a qual a “Constituição e as leis dos Estados Unidos que se fizerem para aplicá-las serão a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado a ela se vincularão” (BONAVIDES, 2005, p. 305-306). De qualquer forma, isto não representou obstáculo para que o Chefe de Justiça Marshall, “valendo-se de impecável lógica, demonstrasse no célebre aresto da questão ‘*Marbury versus*

Madison' que o princípio das Constituições rígidas impõe necessariamente aquela supremacia" (BONAVIDES, 2005, p. 306).

Embora tenha representado técnica inovadora e promissora, a Suprema Corte Americana não utilizou de forma ativa o controle de constitucionalidade nos anos seguintes à decisão *Marbury versus Madison*. Em verdade, a Corte "raramente exerceu seu poder de controle de constitucionalidade ao longo do que restava do século dezessete e durante o século dezoito" (FINE, 2007, p. 371).

Consoante Lenio Luiz Streck (2002, p. 266) e André Ramos Tavares (2005, p. 120), a doutrina de Marshall somente foi novamente aplicada meio século depois, mais precisamente em 1857, quando a Corte Suprema anulou uma segunda lei federal. Apesar disso, nesse interregno, a Suprema Corte Americana chegou a declarar a inconstitucionalidade de um ato do Poder Executivo, como fica claro no caso *Little versus Barreme* – também conhecido como *Flying Fish* –, de 1804 (FINE, 2007, p. 355). Com efeito, o caso tratava de uma ordem do Presidente John Adams dada em 1799, durante uma breve guerra entre os Estados Unidos e a França, que, na contramão do que estabelecia um determinado ato do Congresso, autorizava a Marinha a confiscar navios que se dirigiam a portos franceses (FINE, 2007, p. 355). Os proprietários de um navio apreendido, chamado *Flying Fish* – daí o nome do caso – ingressaram com uma ação contra o então Capitão da Marinha, sendo que ao chegar à Suprema Corte Americana, novamente o Presidente John Marshall declarou que o Presidente – ressalte-se, o Presidente para quem trabalhava como Secretário de Estado, antes de assumir um cargo na Suprema Corte Americana – excedeu sua autoridade, à luz de ato do Congresso, e pela primeira vez declarou a inconstitucionalidade de um ato do Executivo (FINE, 2005, p. 355).

2.3.3 A Corte Constitucional Austríaca: o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade

Se de um lado o caso *Marbury versus Madison* consolidou o exercício de um controle judicial difuso de constitucionalidade, de outro, é possível afirmar que a criação do Tribunal Constitucional Austríaco, em 1920, deu origem ao controle de constitucionalidade pela via concentrada, nada obstante seja possível encontrar –

assim como na primeira hipótese – alguns antecedentes remotos tanto de controle concentrado de constitucionalidade quanto de Tribunal Constitucional. Nesse sentido, André Ramos Tavares (2005, p. 126) menciona que na “França, pode-se considerar uma ‘fonte’ do Tribunal Constitucional a *jurie constitutionnaire*”, isto é, uma espécie de júri constitucional exercido pelo Senado (CLÈVE, 2000, p. 60)⁴⁵. Ainda, a própria Áustria – primeiro país a instituir uma Corte Constitucional, nos moldes atuais – possuía já em 1867 um Tribunal Imperial com funções próprias de um Tribunal Constitucional, de modo que é possível afirmar que havia, “naquele país, uma cultura formada em torno da idéia de um tribunal especial, com funções típicas” (TAVARES, 2005, p. 130)⁴⁶. Contudo, foi apenas em 1920 que a Áustria propôs um modelo de Tribunal Constitucional que entraria para a história como o início do controle concentrado de constitucionalidade. Logo, convém analisar as suas características e de que forma e em qual profundidade ele influenciou os demais Tribunais Constitucionais ao redor do mundo.

De acordo com o seu idealizador⁴⁷ e posterior membro, Hans Kelsen (2003, p. 304-305), o modelo austríaco⁴⁸ de Tribunal Constitucional centralizava a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim chamada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), com poderes para anular a lei – ou parte dela, apenas – sob o argumento de inconstitucionalidade. Essa anulação podia ser feita de forma direta ou indireta. Na primeira hipótese, qualquer particular poderia na constância de um procedimento administrativo alegar que um dos seus direitos garantidos pela Constituição havia sido violado por um ato administrativo baseado numa lei inconstitucional, sendo que acaso a instância administrativa mantivesse o ato,

⁴⁵ No mesmo sentido, Gisela Maria Bester (2005, p. 358) e Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 47). Este, especificamente, menciona que foi “somente em razão das concepções e proposições teóricas de Hans Kelsen que a jurisdição constitucional tomou formato entre os países europeus. A adoção da sistemática por ele proposta – embora modelo similar tenha sido defendida por Sieyès em 1795 – deu-se de forma definitiva pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920. A partir daí, o modo de exercício da jurisdição constitucional foi exercido seguido por grande parte dos países europeus” (LEAL, R., 2006, p. 47).

⁴⁶ Ainda sobre os antecedentes, Louis Favoreau (2004, p. 41) afirma que a Corte Constitucional Austríaca é “a mais antiga das Cortes Constitucionais e a que criou o modelo que inspirou as outras Cortes instituídas na Europa. Podemos considerar que ela tem um predecessor: o Tribunal do Império (*Reichsgericht*) criado pela Constituição de 21 de dezembro de 1867 e ao qual os cidadãos podiam apresentar recursos pela violação de seus direitos constitucionais garantidos; direitos, aliás, enumerados na Constituição e que são ainda hoje a base do controle da constitucionalidade”.

⁴⁷ “Hans Kelsen foi o mentor da concepção de fiscalização de constitucionalidade incorporada pela Constituição de 1920 e aperfeiçoada em 1929” (CLÈVE, 2000, p. 67).

⁴⁸ Segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 359), o mais acertado é mesmo falar em sistema austríaco, ao invés de sistema europeu, pois é necessário fazer a ressalva de que de fora fica o caso francês e o caso inglês, pelas razões já mencionadas.

poderia então o jurisdicionado levar a matéria à Corte Constitucional, a quem caberia, a seu exclusivo critério, abrir um procedimento em que incidentalmente poderia decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei na qual se baseou o ato administrativo (KELSEN, 2003, p. 313). Os particulares, portanto, poderiam apenas sugerir a revisão judicial, não estando, neste particular, a Corte obrigada a abrir o procedimento.

De outro lado, a via direta conducente à revisão judicial da legislação poderia ser requerida pelo Governo Federal, a quem incumbia por força da Constituição requerer a anulação de uma lei ou de um decreto emitido por alguma autoridade administrativa (KELSEN, 2003, p. 314). O procedimento, assim, era desvinculado de qualquer caso concreto, fator este que o diferenciava do modelo estadunidense de 1803 e o caracterizava como um modelo concentrado⁴⁹. O perfil da Corte Constitucional austríaca, todavia, foi substancialmente modificada na reforma de 1929, ocasião na qual passou o direito austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto provocado no curso de uma demanda judicial (muito embora com algumas limitações) (CLÈVE, 2000, p. 68-69). Finalmente, cinco anos mais tarde, em 1934, a Corte Constitucional austríaca foi desfeita. André Ramos Tavares (2005, p. 133) atribui essas significativas mudanças aos problemas causados à Áustria no período entre-guerras.

De qualquer forma, no sistema instituído pela Constituição austríaca de 1920, apenas o Tribunal Constitucional poderia aferir a constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo do Poder Público em tese. Esta é a origem do “controle abstrato de constitucionalidade em que a compatibilidade da lei com a Constituição é aferida em tese pelo Tribunal Constitucional, sem vinculação imediata a qualquer caso concreto” (BINENBOJM, 2001, p. 37-38). Suas características, segundo Sérgio Resende de Barros (2002, p. 607) são as seguintes: (i) a competência para controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos não é difusa por todo o Judiciário, mas se concentra num órgão superior, numa Corte ou Tribunal Constitucional; (ii) o controle é feito pela via direta, não incidental, por meio

⁴⁹ Segundo Hans Kelsen (2003, p. 311), a maior diferença entre as Constituições americana e austríaca – e, por conseguinte, entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade – “diz respeito ao processo pelo qual uma lei é declarada inconstitucional pelo órgão competente. De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma deli num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional”.

de um processo próprio, cujo objeto principal é a própria questão da inconstitucionalidade, objetivamente considerada, abstraída de quaisquer interesses ou direitos subjetivos; (iii) a decisão, por isso mesmo, tem uma natural eficácia *erga omnes*, alcançando a todos os sujeitos que se encontrem sob a jurisdição do Estado que a proferiu, inclusive todos os agentes estatais, políticos, administrativos ou judiciários; (iv) a sentença não é meramente declaratória, mas realmente constitutiva negativa ou desconstitutiva, uma vez que o ato inconstitucional não é nulo *ab origine*, mas sim anulável quando se verifica a situação de inconstitucionalidade por uma decisão modulável no tempo (portanto, *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro tempore futuro*).

Além de concentrado, conforme Gisela Maria Bester (2005, p. 432-434), esse método de controle de constitucionalidade ainda recebe o nome de (i) abstrato, porque nele a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita num processo que visa apenas à defesa da Constituição e da legalidade democrática, independentemente de um litígio contraditório entre as partes, isto é, porque visa apenas à defesa ou ao ataque de leis em tese, abstratamente consideradas; (ii) principal ou por via de ação, pois exercitado por ações especiais, autônomas, inteiramente desvinculadas de quaisquer casos concretos nos quais a questão da inconstitucionalidade apenas pode ser argüida como uma prejudicial de mérito; (iii) direto, já que proposto no e apenas no Tribunal Constitucional, assim como direto é o seu pedido; (iv) objetivo, visto que o seu propósito é unicamente defender a garantia da Constituição, por si e só objetivamente considerada, e; (vi) fechado ou restrito, uma vez que fecha a competência para conhecer e julgar as ações em um único tribunal, traz um número de legitimados ativos, determina ações específicas para a sua realização e restringe as espécies normativas que podem ser questionadas.

A principal intenção desse modelo, segundo Mônia Clarissa Henning Leal (2006, p. 48), era evitar a disparidade das decisões em face de um mesmo tribunal constitucional – como pode ocorrer no sistema difuso –, fato este que atentaria contra a segurança jurídica. De fato, considerando que na ausência de uma disposição clara da Constituição, todas as questões quanto ao efeito de uma lei inconstitucional podem receber respostas contraditórias, Hans Kelsen (2003, p. 311) afirmava que uma das principais razões que levaram a Áustria a centralizar a revisão judicial e a investir numa Corte Constitucional legitimada para abolir a lei inconstitucional de modo geral, e não apenas num caso concreto, foi justamente

evitar a incerteza. De fato, nos países – principalmente naqueles ligados à matriz romano-germânica – em que não presente o princípio do *stare decisis*⁵⁰, precedente vinculativo típico dos sistemas de *common law*, é possível que o exercício da jurisdição constitucional em sua modalidade difusa gere problemas do ponto de vista da segurança jurídica.

Nesse ponto, de acordo com Gustavo Binbenbojm (2001, p. 41), nesses países, um determinado juiz poderia julgar inconstitucional uma lei enquanto outro, de opinião contrária, poderia entendê-la absolutamente aplicável. Ainda, na ausência de um sistema de vinculação, é possível que se formem verdadeiras tendências contrastantes entre órgãos judiciários de diversos graus, como ocorre entre juízes de primeiro grau – normalmente mais jovens e progressistas – e juízes de instâncias superiores – mais velhos e mais conservadores – fato este que não coaduna com a segurança jurídica (BINENBOJM, 2001, p. 41). Isso tudo sem falar na questão dos efeitos das decisões, limitados às partes, o que impõe aos demais jurisdicionados o trabalho de proporem uma nova ação⁵¹, a não ser que se adotem mecanismos como os suíços, em que mesmo no caso difuso é possível anular a lei com efeito *erga omnes* (ou seja, num sistema que fica no meio termo entre os sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade) (CAPPELLETTI, 1992, p. 79).

Indo adiante, convém mencionar que apesar de a Corte Constitucional Austríaca ter influenciado em outros países, não há atualmente um modelo único de Tribunal Constitucional ao redor do mundo – embora seja possível identificar um

⁵⁰ “O sistema norte-americano do *stare decisis* não está expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos ou mesmo em lei federal. Trata-se de uma construção prudencial, derivada da própria *common law*, a qual se baseava nas decisões judiciais já proferidas anteriormente, com o sentido de garantir coerência e estabilidade nos julgamentos posteriores. Um juiz pode até discordar da correção da decisão anterior, firmada no precedente e, ainda assim, terá de aderir ao que já foi decidido no passado. Nos casos de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória. Nos casos de vinculação horizontal, os juízes estão vinculados aos precedentes de seus antecessores e somente podem deixar de aplicar este precedente caso optem por revogá-los de forma expressa (*overruling*). Esta técnica garante uma maior estabilidade e coerência interna na Corte, pois, para a revogação do precedente (*overruling*), nova composição terá de demonstrar que o precedente anterior retratou um erro judiciário no dia em que foi firmado e que, por conseguinte, deve ser corrigido. Os casos não precisam ser idênticos, bastando que exista similitude fática” (APPIO, 2008, p. 57). Ainda, Sérgio Resende de Barros (2002, p. 600) dissecou o instituto, afirmando, inclusive, que a “sua expressão completa é *stare decisis et non quæta movere*. Tradução literal: estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas. Vale dizer: juízes e tribunais inferiores devem estar com a decisão da Corte superior e não mover as decisões pacificadas. Ou seja: a jurisprudência pacífica tem efeito vinculante”.

⁵¹ “Ulteriores inconvenientes do método ‘difuso’ de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio da *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo” (CAPPELLETTI, 1992, p. 78).

núcleo em comum –, com as mesmas funções e características. Muito pelo contrário. De acordo com Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 58-59), enquanto em algumas localidades o parâmetro de controle de constitucionalidade das leis realizado por Tribunais Constitucionais é limitado ao texto constitucional, em outras ele se estende a outros diplomas normativos (é o caso, por exemplo, de países que adotam o bloco de constitucionalidade, como a França ou a Espanha, embora esta em menor grau).

Em alguns países o parâmetro é restrito apenas a algumas poucas normas constitucionais, e não à sua integralidade (como na Bélgica, por exemplo); do mesmo modo, há Tribunais que apreciam apenas a constitucionalidade das leis enquanto outros julgam, além de diplomas legais, decisões judiciais e outros atos administrativos. Ou seja, conquanto possuam um núcleo comum, os Tribunais Constitucionais ao redor do mundo possuem particularidades relacionadas ao meio institucional e sociológico onde estejam inseridos (FAVOREAU, 2004, p. 27).

A despeito dessas particularidades, entretanto, Louis Favoreau (2004, p. 27-33) aponta algumas características comuns aos Tribunais Constitucionais. Em primeiro lugar, do ponto de vista das condições de existência, (i) os Tribunais Constitucionais têm se desenvolvido melhor em países dotados de um regime parlamentarista (como a Alemanha, a Itália, a Espanha e a Bélgica) ou semi-parlamentarista (como a França, a Áustria e Portugal) nos quais é aplicado um sistema de dualidade ou de pluralidade de jurisdições (administrativa e judiciária, por exemplo); (ii) da mesma forma, todos os países nos quais há um modelo de Tribunal Constitucional possuem, como era de se esperar, um ordenamento constitucional definindo a organização, o funcionamento e as atribuições do Estado; (iii) ainda, do ponto de vista das condições de existência, os Tribunais Constitucionais pressupõem um monopólio do contencioso constitucional, o que significa que os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso que lhes são reservados; (iv) os Tribunais Constitucionais possuem indicação de juízes pelas autoridades políticas e, finalmente, impõem uma verdadeira jurisdição constitucional, o que significa dizer que elas efetivamente afirmam o Direito com autoridade de coisa julgada, e que os seus pronunciamentos, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sejam dotados de eficácia *erga omnes*, e; (v) finalmente, os Tribunais Constitucionais estão fora do aparelho jurisdicional, sendo este o fato que os distingue das Cortes Supremas (FAVOREAU, 2004, p. 33). Enquanto os primeiros estão localizados fora de todo o aparelho jurisdicional, formando um Poder independente cujo papel

consiste em assegurar o respeito às normas constitucionais, as segundas estão no cume de um edifício jurisdicional (daí o adjetivo Suprema) (FAVOREAU, 2004, p. 33). Em segundo lugar, do ponto de vista da competência central comum, há um controle concentrado da constitucionalidade, pois não há justiça constitucional e, portanto, Corte Constitucional sem a competência central consistente no controle da constitucionalidade das leis, isto é, da submissão da vontade do Parlamento à vontade da norma jurídica, quer trate-se de uma regra formal, quer trate-se de uma regra substancial (FAVOREAU, 2004, p. 33).

3 PERSPECTIVAS TEÓRICAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1.1 Conceito de jurisdição constitucional⁵²

Consoante com a definição clássica de Giuseppe Chiovenda (1969, p. 1), a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade das lei, seja em torná-la posteriormente efetiva. De outro lado, Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 82) afirma que a jurisdição pode ser definida como a atividade estatal a partir da qual “se resolve uma situação social de conflito ou incerteza, quer aplicando o direito, quer tornando claro seu comando”. Transportando essas noções para o campo constitucional, pode-se afirmar que a idéia de jurisdição constitucional tem sido trabalhada para identificar a parcela de atividade por meio da qual se realiza a proteção da Constituição, a partir de um método jurídico-processual, em todas as suas dimensões (TAVARES, 2005, p. 144). A expressão, segundo José Afonso da Silva (1999, p. 9-10), admite duas concepções distintas: (i) na primeira delas – em sentido estrito – a jurisdição constitucional está adstrita à solução dos conflitos entre as normas ordinárias e complementares e a Constituição pelo Poder Judiciário; (ii) na segunda – agora em sentido amplo – a jurisdição constitucional vai além da solução dos conflitos acima mencionados e admite também a solução, ainda pelo Poder Judiciário, de todos os conflitos envolvendo as normas constitucionais, como, por exemplo, os conflitos travados entre o Estado e os indivíduos ou seus grupos em torno da violação de direitos fundamentais. Com essa diferenciação, o autor (SILVA, 1999, p. 10) pretende demonstrar que a jurisdição constitucional não está adstrita ao controle de constitucionalidade, sendo que esta é apenas uma – apesar de a mais importante – das suas vertentes. Esse mesmo raciocínio também é encontrado em Mauro Cappelletti (1992, p. 23-24), para quem o tema do controle judicial de

⁵² É necessário frisar, contudo, que atualmente não “há uma exata noção ou consenso doutrinário sobre o alcance da expressão em comento” (TAVARES, 1998, p. 105).

constitucionalidade não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição constitucional – ou justiça constitucional, já que as duas expressões têm o mesmo sentido em sua obra (TAVARES, 2005, p. 147-148)⁵³ –, pois a tarefa de fiscalização da constitucionalidade das leis é apenas um (o mais importante) dos seus vários aspectos⁵⁴. Logo, a expressão jurisdição constitucional não se limita à atividade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, e por essa diversidade de abordagens é que José Afonso da Silva (1999, p. 11-12) fala (i) em jurisdição constitucional de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, (ii) em jurisdição constitucional da liberdade, (iii) em jurisdição constitucional orgânica e (iv) em jurisdição constitucional de caráter comunitária ou internacional⁵⁵.

Com esse raciocínio é possível superar se a tese restritiva, segundo a qual a jurisdição constitucional compreende apenas o conjunto de atividades jurisdicionais voltadas à defesa da Constituição, é exercida por órgãos exclusivamente criados para essa finalidade. De fato, conforme André Ramos Tavares (2005, p. 145) existe uma teoria segundo a qual apenas é jurisdição constitucional a defesa da

⁵³ Segundo André Ramos Tavares (2005, p. 147), Mauro Cappelletti tomava as duas expressões como se sinônimas fossem.

⁵⁴ “Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’, e, não obstante, um dos aspectos mais importantes [...]. Assim por exemplo, o juízo de amparo mexicano, além de amparo contra leyes [...], se manifesta também na ulterior função de ‘amparo como garantia de los derechos de libertad’, o qual, antes, representa o ‘nucleo de originário’ de tal instituição [...]. Este aspecto do amparo como defesa dos direitos fundamentais de liberdade – que é, também, o aspecto que, fora do México, atraiu mais as simpatias e a atenção dos estudiosos [...] – corresponde mais ou menos de perto a outros institutos muito conhecidos dos constitucionalistas e dos processualistas do mundo: o writ of habeas corpus dos Países anglo-saxões, a *Verfassungsbeschwerde* e a *Popularklage* como instituto de tutela dos Grundrechte em alguns Países da Europa central, etc. [...] Todas essas manifestações da ‘justiça constitucional’ podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional”.

⁵⁵ “Por aí se vê que a jurisdição constitucional não se esgota no controle da constitucionalidade dos atos de autoridade, porquanto nela entra também toda a ação dos tribunais judiciários destinada a assegurar, por exemplo, a observância das normas constitucionais dos partidos políticos, juízos sobre conflitos entre o estado e indivíduos ou grupos, desde que reclamem ter havido violação de direitos fundamentais, solução de conflitos entre órgãos e governo e conflitos entre entidades intraestatais autônomas. Por isso, os autores apontam três setores básicos da jurisdição constitucional: a) a jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, que é a mais comum; b) a jurisdição constitucional da liberdade, que compreende a atuação judiciária mediante provocação por um dos remédios ou ações constitucionais; c) a jurisdição constitucional orgânica destinada a solucionar os conflitos que se instauram entre os diversos órgãos do poder em relação com o alcance de suas competências e atribuições consubstanciadas nas normas constitucionais; d) finalmente, jurisdição constitucional de caráter comunitária ou internacional destinada a solucionar conflitos derivados da aplicação das disposições internacionais e comunitárias incorporadas ao ordenamento interno, quando são afetadas por atos de autoridades ou disposições legislativas contrárias a essas normas de fontes externas” (SILVA, 1999, p. 11-12).

Constituição “operada por um tribunal (exercício de jurisdição) como função exclusiva (eliminando desse conceito tribunais que desempenhem a jurisdição comum concomitantemente)” (TAVARES, 2005, p. 145). Tal teoria, no entanto, encontra-se superada, visto que atualmente tem-se “entendido que a jurisdição constitucional não se circunscreve apenas ao denominado controle da constitucionalidade das leis e atos normativos de um Estado, muito menos por apenas um órgão” (TAVARES, 1998, p. 106). Em semelhante sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho (1984, p. 97) afirma que a jurisdição constitucional deve ser compreendida como a atividade jurisdicional que tem por objetivo verificar a conformação das normas de hierarquia inferior, leis e atos normativos, com o texto constitucional, ocasião na qual os órgãos competentes – no plural – devem declarar a sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade. Ainda, de forma expressa, Dirley da Cunha Junior (2004, p. 376) salienta que a jurisdição constitucional consiste na “função jurisdicional exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça”. Por tudo isso, o objeto do que se denomina jurisdição constitucional abarca “o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente a produção das leis, como forma de defesa da Constituição, além do controle de outros atos, desde que a defesa esteja ancorada na Constituição” (TAVARES, 1998, p. 106).

Ainda, convém mencionar que a expressão jurisdição constitucional não se confunde com a expressão justiça constitucional, nada obstante tenham sido utilizadas como sinônimas até a Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, segundo Ana Maria D'Ávila Lopes (2008, p. 39), entre a década de 1920 – período que marcou o surgimento dos Tribunais Constitucionais, como mencionado nos tópicos precedentes – e o fim da Segunda Guerra Mundial, a questão terminológica passou simplesmente despercebida mesmo a autores de renome, como Hans Kelsen, Charles Einsenmann e Mirine-Guetzevitch⁵⁶. Contudo, apesar de ainda ser possível encontrar uma certa confusão no emprego de ambas as expressões, é fato que a expressão “justiça constitucional” possui uma abrangência maior que a da expressão jurisdição constitucional, haja vista englobar discussões relacionadas ao estudo de suas origens históricas, seu posicionamento entre os poderes, suas principais

⁵⁶ Apesar disso, a autora (LOPES, 2008, p. 39) menciona que Hans Kelsen empregou a expressão “Justiça Constitucional” no sentido de “Justiça através dos Tribunais”.

categorias funcionais e morfológicas, sobre a natureza da atividade do próprio Tribunal Constitucional, processo decisório e suas regras, legitimidade democrática e outras perspectivas afins (TAVARES, 2005, p. 11). Nessa linha, ressalta José Alfredo Oliveira Baracho (2005, p. 453) que a noção de justiça constitucional é expressão que designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais assegura-se a supremacia da Constituição ao mesmo tempo em que se propicia a ampliação do conteúdo inserido na Constituição escrita por meio da jurisprudência constitucional.

3.1.2 Pressupostos da jurisdição constitucional

Consoante Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 28-29), a fiscalização da constitucionalidade das leis depende da conjugação de três pressupostos, quais sejam, (i) a existência de uma Constituição formal, (ii) a compreensão da Constituição como lei fundamental – noção relacionada a três conceitos menores, quais sejam, a rigidez constitucional, a supremacia constitucionais e a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais – e (iii) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.

Em primeiro lugar, para o autor (CLÈVE, 2000, p. 29) Constituição formal – também chamada de Constituição escrita – é aquela elaborada, “em geral, de um golpe só, por um órgão dotado de poder suficiente (exercente de poder constituinte)”⁵⁷, ao passo que a Constituição formal é aquela construída pela força da razão, e não do tempo, de modo que se contrapõe-se à chamada Constituição costumeira, elaborada por um poder constituinte difuso e cristalizada pela história⁵⁸. Assim sendo, é possível fazer uma ponte e relacionar o surgimento da jurisdição constitucional ao constitucionalismo moderno – aqui compreendido como o

⁵⁷ Ainda, José Afonso da Silva (2005, p. 41) considera escrita “a constituição, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente e de um jato por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (políticos, individuais, coletivos, econômicos e sociais)”.

⁵⁸ Simplificando o conceito, Paulo Ferreira da Cunha (2007, p. 48) menciona que “a constituição formal é a dimensão textual de uma Constituição, normalmente codificada, mas que pode ser também o conjunto de textos de uma Constituição escrita esparsa”.

movimento político, social e cultural que a partir da metade do século XVIII⁵⁹ passou a questionar nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político⁶⁰ – pois foi a partir do seu surgimento que apareceram as constituições modernas, marcadas, dentre outras características, pela sistematização num texto escrito (CANOTILHO, 1999, p. 48). Não que antes desse constitucionalismo moderno não houvesse Constituições. Em verdade, de acordo com Ferdinand Lassale (2001, p. 37), todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira, formada pela soma dos fatores reais de poder, assim compreendidos como “o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelecem uma realidade, um sistema de poder” (BARROSO, 2006, p. 65)⁶¹⁻⁶². Nessa perspectiva, a Constituição tal qual se conhece e se

⁵⁹ Segundo Paulo Bonavides (, 2004, p. 191) não há doutrina versando largamente sobre o “momento histórico exato em que a burguesia toma o poder político e implanta sua superioridade social como classe incontestavelmente dominante. A questão, salvo melhor juízo, nunca foi posta nessa amplitude de termos, de modo que por vezes se nos depara em autorizados textos de literatura política e investigação científica são alusões fugazes que não resolvem, em definitivo, o problema”.

⁶⁰ Essa noção vem de forma expressa em J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 47-48), que prossegue afirmando que o constitucionalismo é a “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. No entanto, é perfeitamente possível encontrar na doutrina quem empregue o termo em sentido diverso. Nesse sentido, André Ramos Tavares (2002, p. 02) alerta que o vocábulo constitucionalismo dá ensejo a quatro concepções distintas: a primeira delas empregada como sinônimo para o “movimento político social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado como a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.

⁶¹ Anos mais tarde, Konrad Hesse (1991, p. 14-15) contrapôs-se ao posicionamento de Ferdinand Lassale e lançou as bases da teoria da força normativa da Constituição, afirmando que a Constituição possui uma força normativa por si própria. Nesse sentido, afirma que a “norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. [...] A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas” (HESSE, 1991, p. 14-15).

⁶² Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 29) afirma ser “indubitável que, desde um prisma material (sociológico ou político), todas as formações sociais, não importa qual época, dispõem de uma Constituição. Afinal, o poder encontra-se arranjado de certo modo, havendo, ainda que apoiada em arquitetura rudimentar, uma determinada distribuição de tarefas entre os diversos órgãos

manuseia hoje nada mais é que a formalização da Constituição real, marcada justamente pela reunião dos mencionados fatores reais de poder numa simples folha de papel (LASSALE, 2001, p. 17)⁶³. Antes do surgimento do constitucionalismo moderno, portanto, havia Constituições e, por conseguinte, havia constitucionalismo. Porém, este constitucionalismo – chamado antigo – era bastante diferente do atual, normalmente caracterizado pelo reconhecimento de alguns direitos estamentais a favor dos governados, materializados em princípios costumeiros ou regras escritas em textos esparsos (CANOTILHO, 1999, p. 48). Todavia, no contexto desse constitucionalismo antigo não havia se falar em jurisdição constitucional, visto que esta exige mais que uma Constituição, mas uma Constituição compreendida como instrumento jurídico formalizado num texto escrito, situação consolidada apenas anos mais tarde (CLÈVE, 2000, p. 29)⁶⁴.

Em segundo lugar, para o exercício da jurisdição constitucional não basta apenas uma Constituição formalmente considerada. É preciso também a compreensão da Constituição como texto fundamental, noção que se desenvolve a partir de três conceitos elementares, quais sejam, a rigidez constitucional, a

competentes da Coletividade Política. Ninguém desconhece, igualmente, que a história da civilização ocidental não ignorou a existência de leis superiores, embora as tenha compreendido sempre a partir de um prisma eminentemente substantivo, já que disciplinavam as temáticas mais caras para esta ou aquela coletividade”.

⁶³ A questão da Constituição escrita é vista por Konrad Hesse (1991, p. 25-26) da seguinte forma: “A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (Rechtsfragen), em questões de poder (Machtfragen). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição”.

⁶⁴ Por esse motivo – aliado à já mencionada Soberania do Parlamento – a Inglaterra não dispõe de um sistema judicial de controle de constitucionalidade, pois até hoje nela vigora uma Constituição costumeira. Nesse sentido, sabedores “de que a Inglaterra é o exemplo clássico de ordenamento jurídico que adota Constituição de tipo flexível, com poucos textos escritos e não reunidos em só diploma que possa efetivamente ser chamado de ‘Constituição Inglesa’, neste quadro torna-se fácil analisar o caso inglês no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. É incorreto afirmar e repetir a expressão ‘sistema’ ou ‘modelo inglês de controle de constitucionalidade’, que atualmente é vazia de sentido, simplesmente porque na Inglaterra não existe qualquer tipo de controle de constitucionalidade, sendo que tal inexistência decorre da ausência de uma Constituição escrita, no sentido formal, e da falta de distinção entre poder constituinte originário, de reforma e legislador ordinário. Isto último, por sua vez, decorre da afirmação da Supremacia do Parlamento” (BESTER, 2005, p. 336).

supremacia constitucional e a distinção entre lei constitucional e lei ordinária. A rigidez constitucional, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 45) decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal⁶⁵ e confere às normas constitucionais uma estabilidade muito maior que aquela conferida às leis ordinárias e complementares, fato este que enseja a supremacia incontestável daquelas sobre estas (bem como sobre os demais atos normativos do Poder Público, tais como os decretos, os regulamentos, as sentenças), de modo que se forma uma hierarquia jurídica nítida (BONAVIDES, 2005, p. 297).

Nesse sentido caminha o raciocínio de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 32), para quem a rigidez constitucional permite a discriminação entre as obras do Legislador Constituinte e do Legislador ordinário, este material e formalmente subordinado àquele. “A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *Lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania” (BONAVIDES, 2005, p. 297). Mas, segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 39) a rigidez não é capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição. Para tanto, é necessário que esta possua um mínimo de eficácia social. Sem efetividade, afirma o autor (CLÈVE, 2000, p. 32), “não há verdadeira preeminência”, sendo que mesmo no campo estritamente jurídico a supremacia constitucional impescinde de uma certa consciência constitucional, ou então, de uma certa vontade de constituição⁶⁶.

⁶⁵ De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 42), rígida “é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares

⁶⁶ “Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana,

Em terceiro lugar, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 34) também coloca a existência de um órgão competente como pressuposto para o exercício da jurisdição constitucional. Conforme afirma (CLEVE, 2000, p. 34-35), o principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade, sendo que esta apenas pode ocorrer se a própria Constituição atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para exercitá-la, quer seja ela política, quer seja ela jurídica. Vale a pena frisar que a previsão do controle de constitucionalidade não depende de uma previsão expressa assegurando-a no texto constitucional. Basta que o próprio sistema traga implicitamente condições para que o controle seja exercido. Tal fato explica porque se admite nos Estados Unidos, por exemplo, um controle de constitucionalidade, uma vez que o texto de 1787 não traz de forma expressa – a não ser a já mencionada cláusula de supremacia – qualquer previsão reconhecendo ao Judiciário a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

3.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

3.2.1. Delimitando o problema

Parafraseando o discurso proferido por Vital Moreira (1995, p.17) no colóquio em homenagem ao décimo aniversário do Tribunal Constitucional português, mesmo passados mais de duzentos anos da célebre sentença da Suprema Corte Americana no caso *Marbury versus Madison* (1803), marco inicial do *judicial review*; mesmo passados praticamente noventa anos da criação do Tribunal Constitucional Austríaco (1920), primeiro a trazer um sistema de controle concentrado de

não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também com problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo” (HESSE, 1999, p. 19-20).

constitucionalidade; mesmo passados cento e dezessete anos da promulgação da Constituição Brasileira de 1891, com a sua possibilidade de fiscalização pelo Judiciário, na via difusa, da constitucionalidade dos atos normativos, e; mesmo passados sessenta e dois anos da também brasileira Constituição de 1946, precursora das técnicas concentradas de controle de constitucionalidade, faz sentido, ainda hoje, questionar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional? Já não estariam superadas, na prática, as discussões sobre o potencial déficit democrático da jurisdição constitucional?

A princípio, considerando que a questão já foi amplamente debatida na doutrina e na jurisprudência nacional e estrangeira e que o exercício da jurisdição constitucional já está mais que incorporado ao constitucionalismo contemporâneo, fatalmente a resposta seria pela impertinência da discussão⁶⁷. Contudo, partindo da premissa segundo a qual a discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é, apesar de antiga, recorrente e insuperável (CLÈVE, 2001, p. 53), e considerando que o objeto do presente estudo envolve a evidenciação de um contexto no qual os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podem, em tese, transpor os limites das causas objetivamente postas e vincular tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública, direta e indireta, nas suas três esferas de representatividade, tal qual ocorre, atualmente, com as súmulas vinculantes inseridas na Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, é necessário abordar o assunto nesta etapa da pesquisa, nem que seja para reafirmar o entendimento e as convicções a seu respeito (MIRANDA, 1995, p. 91).

Com efeito, desde o seu surgimento, o exercício da jurisdição constitucional vem sendo objeto de intensa polêmica no que diz respeito à sua legitimidade democrática, pois ao contrário do que ocorre com os membros dos órgãos legislativo e executivo – responsáveis pela elaboração de leis ou atos normativos –, escolhidos por meio de processo envolvendo a participação popular, os membros que compõem os órgãos judiciários – responsáveis pela fiscalização da sua constitucionalidade – não são diretamente escolhidos pelo povo⁶⁸. Essa ausência de

⁶⁷ Segundo André Ramos Tavares (2005, p. 491), a “doutrina tem assinalado que o percurso histórico da instituição, aliado à sua presença marcante nos mais diversos sistemas, tem conferido ao Tribunal Constitucional uma legitimidade que não é mais questionada do ponto de vista de sua existência”.

⁶⁸ Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto (2002, p. 1) afirma que desde “os momentos iniciais de formação da jurisdição constitucional, a legitimidade dos órgãos judiciais para rever normas

participação popular direta na escolha dos membros dos órgãos judiciários abre margem para discussões sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, uma vez que na prática o seu exercício permite que agentes desprovidos, em tese, de representatividade popular, anulem, sob o pretexto de incompatibilidade com o texto constitucional, leis ou outros atos normativos elaborados por representantes do povo, regularmente eleitos. Não bastasse, pelo fato de não serem diretamente escolhidos por meio de processo aberto à participação popular – e, por isso, carecerem de legitimidade democrática –, os membros dos órgãos judiciários em geral e das Cortes Constitucionais em particular não se sujeitam a qualquer controle periódico de aferição de sua legitimidade (BINENBOJM, 2001, p. 51-52). Melhor explicando, enquanto em relação aos Poderes Legislativo e Executivo o povo pode, de eleição em eleição, escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário – e, principalmente, das Cortes Constitucionais – a estabilidade dos seus membros impede que se reflita em suas composições a variação da vontade popular (SOUZA NETO, p. 2002, p. 1-2).

Logo, cumpre analisar a relação existente entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional exercida pelos Tribunais Constitucionais⁶⁹ – nada obstante algumas das conclusões ao final tomadas possam ser aplicadas ao Judiciário, de um modo geral – a partir do seguinte *iter*: (i) em primeiro lugar, buscar-se-á demonstrar que há uma falácia no argumento no qual, em não sendo escolhidos pelo povo, os membros do Tribunal Constitucional carecem de legitimidade para exercer qualquer

produzidas por órgãos legislativos tem sido objeto de intensa polêmica. De modo geral, as críticas ao controle judicial da constitucionalidade, principalmente as baseadas no pensamento democrático, têm girado em torno do contraste entre a legitimidade conferida pelo povo, durante o processo eleitoral, aos órgãos legislativos, e a alegada ilegitimidade de órgãos judiciários e cortes constitucionais, não eletivos”. No mesmo sentido, José Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra (2004, p. 236), segundo os quais a “razão maior da controvérsia é que as normas ou os atos normativos são textos legais que são formulados por representantes eleitos diretamente pela população, ou seja, fruto do princípio da soberania popular. Já os membros do órgão que exerce a jurisdição constitucional não são providos aos seus cargos por intermédio da vontade popular, têm seu provimento realizado por indicação do Presidente da República, necessitando depois da homologação pelo Senado Federal”.

⁶⁹ A análise será focada nos Tribunais Constitucionais – aqui compreendidos em acepção ampla, na qual inclui-se o Supremo Tribunal Federal – pois são eles os responsáveis pela anulação das leis e atos normativos com eficácia contra todos e, na grande maioria das vezes, efeito vinculante. Aliás, segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 561), a “questão da legitimidade da justiça constitucional em confronto com a legitimidade da maioria legislativa coloca-se de forma acentuada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se concede a um Corpo de Magistrados poderes para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afetando a produção legiferante do Parlamento, enquanto representante direto das aspirações populares em uma Democracia representativa”.

parcela de poder soberano, visto que há no processo de nomeação e escolha um mínimo de participação popular que não pode ser desconsiderado; (ii) em seguida, procurar-se-á demonstrar que a jurisdição constitucional não ofende o princípio democrático – antes disso, reafirma-o –, sobretudo porque numa concepção mais contemporânea este se preocupa com o direito das minorias, principalmente os fundamentais.

3.2.2 O processo de nomeação dos membros do Tribunal Constitucional e a sua relação com a democracia

De acordo com Pedro Cruz Villalón (1995, p. 87-88), a questão da legitimidade dos Tribunais Constitucionais deve ser analisada em sua origem, de modo a indagar se a forma de sua composição é ou não respaldada pela idéia de soberania popular⁷⁰. A partir de uma análise apressada é possível concluir que não há qualquer forma de participação popular no processo de composição dos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo⁷¹. Apenas para exemplificar como esta é feito, segundo Louis Favoreau (2004, p. 42-119), (i) atualmente os membros da Corte Constitucional Austríaca – doze juízes titulares e seis suplentes – são escolhidos por meio de proposição do Governo Federal para o Presidente, Vice-Presidente, seis juízes titulares e três juízes suplentes, do Conselho Nacional para três juízes titulares e dois juízes suplentes e do Conselho Federal para três juízes titulares e um juiz suplente; (ii) já os membros do Tribunal Constitucional Federal Alemão – dezesseis, no total, divididos em duas Câmaras ou Senados com oito membros cada – são nomeados pelo *Bundestag* (Câmara dos Deputados) e pelo *Bundesrat* (Senado), na proporção de metade para cada; (iii) por sua vez, o preenchimento dos cargos da Corte Constitucional Italiana – composta por quinze membros – é feita por um terço de juízes designados pelo Parlamento, um terço pelo

⁷⁰ No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (2002, p. 570).

⁷¹ Aparentemente, a única exceção a essa regra é o modelo francês, pois neste admite-se o ingresso de membro diretamente escolhido pela população no Conselho Constitucional, haja vista que aos nove membros que o compõem às vezes se acrescentam os antigos Presidentes da República (FAVOREAU, 2000, p. 93). No entanto, mesmo nessa hipótese a participação popular é mitigada, pois a escolha é para o cargo de Presidente da República, e não para membro do Conselho Constitucional.

Presidente da República e um terço pelas magistraturas ordinárias e administrativas; (iv) ainda, acesso ao Conselho Constitucional Francês – formado por nove membros nomeados, aos quais às vezes se acrescentam membros de direito – é feito pela nomeação do Presidente da República, do Senado e do Presidente da Assembléia Nacional, a quem compete indicar três membros, cada; (v) já a integralidade dos membros do Tribunal Constitucional Espanhol – doze, no total – é nomeada pelo Rei a partir da proposição de quatro candidatos pelo Congresso dos Deputados, quatro pelo Senado, dois pelo governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário; (vi) indo adiante, o Tribunal Constitucional Português é composto por treze juízes dos quais dez são designados pela Assembléia da República e três são cooptados por estes; (vii) o acesso à Corte de Arbitragem Belga – formada por doze membros – depende de nomeação pelo Rei, a partir de uma lista dupla apresentada alternativamente pelo Senado e pela Câmara dos Representantes. Finalmente, também o Supremo Tribunal Federal brasileiro não prevê qualquer participação popular direta no processo de escolha de seus Ministros, pois de acordo com o artigo 101 e parágrafo primeiro, da Constituição de 1988, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, num total de onze, são nomeados pelo Presidente da República após a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Apesar disso, muito embora não haja uma participação popular direta na escolha e na nomeação dos membros das Cortes Constitucionais, é possível identificar na forma de acesso um mínimo de participação popular que não pode ser desconsiderado, já que todos os legitimados para a escolha e nomeação ascenderam ao poder pela via da escolha popular – aqui, evidentemente, excluindo as ditaduras e considerando, apenas, as democracias –, razão pela qual o processo de acesso não está absolutamente desvinculado do princípio democrático. Mesmo nas monarquias – constitucionais – as críticas sobre a suposta ilegitimidade democrática dos membros que compõem os Tribunais Constitucionais não se mantêm, porque essas monarquias estão legitimadas num texto constitucional que impõe a nomeação a partir de listas elaboradas por representantes do povo. É o caso, por exemplo, da Espanha, onde a escolha e a nomeação dos membros do Tribunal Constitucional são feitas pelo Rei – Rei este com o apoio popular, ressalte-se, e cujo governo é feito com o referencial da Constituição – a partir de listas formadas, dentre outros órgãos pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado. Assim, a forma de acesso aos Tribunais Constitucionais conta com uma participação

popular que não pode ser desconsiderada. Ressalte-se que acaso se admitisse que a ausência de participação popular direta no processo de escolha e nomeação dos membros dos Tribunais Constitucionais pudesse torná-los ilegítimos do ponto de vista democrático, também outros funcionários públicos com funções tão importantes quanto, como, por exemplo, os Ministros de Estado ou os Secretários de Governo, deveriam igualmente ser questionados do ponto de vista da democracia, visto que o acesso às posições ocupadas normalmente é feito por meio de nomeação, sem a manifestação popular direta, portanto (BACHOF, 1985, p. 35)⁷².

O princípio democrático está presente no processo composição do Tribunal Constitucional, pois os legitimados para a escolha e nomeação dos seus membros foram diretamente escolhidos pelo povo. Trata-se, é verdade, de uma participação indireta, mas nem por isso menos democrática. Assim, é perfeitamente possível sustentar a participação popular no processo de escolha dos membros dos Tribunais Constitucionais, de forma que boa parte das críticas que lhes são feitas, nesse particular, acabam perdendo o sentido. Aliás, não é demais lembrar a contribuição de José de Sousa e Brito (1995, p. 42), para quem os juízes constitucionais “recebem a sua legitimação democrática do sufrágio universal, embora indirectamente, por meio da intervenção dos directamente eleitos no processo de designação”.

Por último, convém mencionar as sugestões de Hans Kelsen (2003, p. 154) no que diz respeito às possíveis formas de nomeação dos Tribunais, sendo que muitas delas poderiam perfeitamente ser aplicadas na experiência brasileira. Com efeito, o autor (KELSEN, 2003, p. 154) inicia afirmando que entre os modos de recrutamento particularmente típicos não seria correto preconizar nem a nomeação exclusiva pelo chefe do Estado ou mesmo pelo governo e termina sugerindo: (i) a combinação de ambos, por exemplo, com o Parlamento elegendo juízes apresentados pelo governo, que deveriam designar vários candidatos para cada uma das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa; (ii) a garantia na composição da jurisdição constitucional de um lugar adequado aos juristas de carreira, cabendo, neste ponto, às Faculdades de Direito ou a uma comissão comum de todas as Faculdades de Direito do país um direito de apresentação para cada vaga que surja

⁷² Em semelhante sentido, Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 186), para quem o “caráter democrático de um poder não estará necessariamente associado à sua forma de eleição, e é o que justamente ocorre com o Judiciário, ou com os funcionários do Executivo, que não obstante não terem sido eleitos diretamente pelo povo, nada impede que exerçam um poder democrático”.

ou de preenchê-las por eleição, isto é, por cooptação; (iii) a exclusão dos membros do Parlamento ou do governo na composição dos órgãos encarregados de jurisdição constitucional, já que são precisamente os atos de cada um deles que serão invariavelmente levados a controle, sendo também recomendável, que se eliminem quaisquer influências políticas na nomeação (quando muito, que se proponham listas elaboradas pelo Parlamento, respeitadas as proporções das cadeiras ocupadas pelos partidos políticos).

3.2.3 Democracia, princípio majoritário e Tribunal Constitucional

Segundo Norberto Bobbio (1997, p. 19), a regra fundamental da democracia é a regra da maioria⁷³, isto é, a regra à base da qual “são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão”. Numa perspectiva semelhante, Hans Kelsen (2000, p. 410) afirma que o princípio da maioria pressupõe que o número dos sujeitos que aprovam a ordem social deve, necessariamente, ser maior que o número dos que a desaprovam, inteiramente ou em parte, mas que mesmo assim permanecem obrigados pela ordem.

De um modo bastante simplista, o princípio base da democracia, qual seja, o princípio majoritário, admite como válidas as decisões tomadas pelo maior número possível de pessoas. Contudo, é possível afirmar que, contemporaneamente, essa

⁷³ Segundo Hans Kelsen (2000, p. 409), o princípio majoritário – ou princípio da maioria – surge para viabilizar a existência da sociedade em geral e do Estado como um todo por meio da limitação da autodeterminação, tomada numa concepção ampla e irrestrita. Melhor explicando, o autor (KELSEN, 2000, p. 408) afirma que, em sua forma ideal, a autodeterminação “exige que a ordem social seja criada pela decisão unânime de todos os seus sujeitos e que permaneça em vigor apenas enquanto goza da aprovação de todos”. Nessa perspectiva, portanto, a vontade geral (volonté generale) deve estar constantemente de acordo com a vontade dos sujeitos (volonté de tous), pois onde “prevalece a autodeterminação na sua forma pura e irrestrita, não pode haver nenhuma contradição entre a ordem social e a vontade de qualquer sujeito” (KELSEN, 2000, p. 409). Contudo, essa plena coincidência entre a vontade geral e a vontade de todos é cogitável somente no plano das idéias, pois no plano da realidade não é possível existir uma sociedade formada pelo consentimento unânime de todos os sujeitos que a compõem. Esta exata unanimidade, segundo Hans Kelsen (2000, p. 409), implicaria em equiparar a sociedade fulcrada no consentimento unânime de seus membros à sociedade anárquica, sem qualquer forma de regulação. Portanto, acaso uma determinada ordem social opte por fazer do princípio da autodeterminação a sua base, deve haver uma forma para, na medida necessária, restringi-lo (KELSEN, 2000, p. 409), sob pena de em assim não procedendo, equipará-la à ordem anárquica. Nessa perspectiva começa a se falar no princípio da maioria como uma das formas de limitação dessa autodeterminação.

concepção do princípio em referência não coaduna com a concepção contemporânea de democracia, pois, atualmente, também se levam em consideração os direitos – principalmente os fundamentais – das minorias. Nas democracias clássicas as decisões tomadas pela maioria valiam independentemente das conseqüências causadas às minorias.

Se por acaso alguma dessas decisões violasse os direitos destas, por exemplo, ainda assim ela seria democrática, pois tomada pela maioria dos legitimados a decidir. No entanto, conforme José de Sousa e Brito (1995, p. 40), atualmente há justificativas teóricas sustentando que o ideal de democracia não mais se restringe ao princípio majoritário, e que até mesmo este não tem hoje o mesmo sentido que lhe era atribuído nos primórdios da era constitucional⁷⁴. A democracia é dinâmica, já afirmava Norberto Bobbio (1997, premissa), e para “um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural” (BOBBIO, 1997, premissa).

Assim sendo, numa concepção contemporânea, a democracia não mais admite o princípio majoritário como domínio absoluto da maioria e tampouco como ditadura desta sobre a minoria, de modo que os seus direitos – principalmente os fundamentais – não podem, sob nenhuma perspectiva, ser desconsiderados⁷⁵. A afirmação do princípio majoritário não se confunde com a defesa de uma concepção meramente quantitativa ou agregativa de democracia (SOUZA NETO, 2006, p. 46).

⁷⁴ Em sentido semelhante afirma Vital Moreira (1995, p. 180), para quem o “princípio da maioria não tem hoje o mesmo sentido que nos primórdios da era constitucional. Ele sofreu importantes modificações quanto ao seu alcance e funções constitucionais. O facto é que dois séculos de desenvolvimento constitucional trouxeram consigo alterações profundas quanto ao papel e relevância da Constituição, quanto ao funcionamento do Estado e em particular quanto ao estatuto da função legislativa e das relações parlamento-executivo, e finalmente quanto à estruturação da sociedade e do Estado e das relações entre si. Nenhum destes fenómenos pode deixar de se repercutir no significado e relevância constitucional do princípio da maioria”.

⁷⁵ “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 minoria 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 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. Se a minoria não for eliminada do procedimento no qual é criada a ordem social, sempre existe uma possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. Assim, é possível impedir, até certo ponto, que o conteúdo da ordem social venha a estar em oposição absoluta aos interesses da minoria. Esse é um elemento característico da democracia” (KELSEN, 2000, p. 411). Em semelhante sentido, Jürgen Habermas (2003, p. 224) afirma que a maioria não pode, de forma alguma, aniquilar a minoria: as “reservas contra decisões da maioria, que têm conseqüências irreversíveis, apóiam-se na interpretação segundo a qual a minoria inferiorizada só o seu consentimento e a autorização para a maioria, se ficar assegurada a possibilidade de que ela possa vir a conquistar a maioria no futuro, na base de melhores argumentos, podendo assim modificar a decisão ora tomada”.

Nesta nova perspectiva os direitos fundamentais passam a ser considerados condições necessárias para o processo democrático, sendo que nem mesmo a vontade da maioria pode neles interferir (SOUZA NETO, 2002, p. 322).

Essa concepção de democracia, mais preocupada com a defesa e com a realização dos direitos fundamentais do que com as decisões da maioria, tem legitimado o exercício da jurisdição constitucional, posto que as discussões envolvendo a sua violação – seja por ação, seja por omissão – acabam invariavelmente desembocando no Poder Judiciário⁷⁶. Essa noção encontra-se de forma bastante clara no pensamento de Hans Kelsen (2003, p. 182), para quem considerando-se a essência da democracia não a onipotência da maioria, mas o compromisso constante entre os grupos majoritário e minoritário representados no Parlamento, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional – no sentido de jurisdição constitucional, conforme mencionado no tópico precedente – aparece como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia⁷⁷. Semelhante raciocínio é encontrado em Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 47), para quem a democracia não pode ser confundida com um absolutismo da maioria.

O conceito de democracia, portanto, volta-se à defesa dos direitos fundamentais, sendo que este discurso passa a legitimar a jurisdição constitucional independentemente daquela participação popular indireta no processo de escolha dos membros dos Tribunais Constitucionais da qual se falava acima. Nesta perspectiva, a matéria foi abordada por Ronald Dworkin (2007, p. 36) a partir de uma distinção entre argumentos de política (*arguments of policy*) e argumentos de princípios (*arguments of principle*). Os argumentos de política consistem num determinado tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, normalmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da

⁷⁶ “O regime democrático e a necessidade de defesa e realização dos direitos fundamentais – premissas básicas do Estado Democrático de Direito – têm exigido dos órgãos da justiça constitucional uma atuação mais ativa na efetivação e no desenvolvimento das normas constitucionais, máxime em face de omissões estatais lesivas a direitos fundamentais. Aqui reside, sem dúvida, a melhor das justificativas da legitimidade da justiça constitucional e do controle judicial de constitucionalidade, como instrumento de efetivo controle das ações e omissões do poder público, cumprindo lembrar que, com Robert G. Neuman, o que caracteriza a democracia não é propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis – hoje mera ficção – mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário (CUNHA JR., 2007, p. 44).

⁷⁷ Adiante, completa o autor (KELSEN, 2003, p. 182) dizendo que jurisdição constitucional pode ser nas mãos da minoria um “instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria”.

comunidade, ainda que certos objetivos sejam negativos pelo ato de estipularem que algum estado deve ser protegido contra mudanças adversas (DWORKIN, 2007, p. 36). Por sua vez, os argumentos de princípios consistem num determinado padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou então social considerada desejável pela sociedade, mas sim por representar uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁷⁸⁻⁷⁹. Os primeiros – argumentos de política – são sensíveis à escolha ou a preferência da população (*choice-sensitive* ou *preference-sensitive*), o que significa dizer que as decisões a seu respeito devem preferencialmente ser tomadas pelo povo, por meio dos órgãos legislativos. Já os segundos – argumentos de princípio – são insensíveis à escolha ou a preferência da população (*choice-insensitive* ou *preference-insensitive*), o que significa dizer que as questões que lhe dizem respeito devem, preferencialmente, ser tomadas pelo Poder Judiciário. Assim, a opção por gastar fundos públicos na educação ou então em auto-estradas, hospitais ou creches é tipicamente sensível à escolha, podendo as decisões nesse sentido perfeitamente serem tomadas pelo Poder Legislativo, considerando-se o princípio da maioria.

⁷⁸ A questão também vem analisada por Ronald Dworkin (2005, p. IX) na obra “Uma questão de princípios”, em que afirma que “a visão tosca obscurece uma distinção de importância capital para a teoria jurídica, uma distinção que é a referência mais imediata do título do livro. Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. Como a visão simples de que Direito e política são a mesma coisa ignora essa distinção, ela deixa de observar uma ressalva importante na proposição de que os juízes devem servir e realmente servem a suas próprias convicções políticas ao decidir o que é o Direito. Mesmo em casos controversos, embora os juízes imponham suas próprias convicções sobre questões de princípio, eles não necessitam e, caracteristicamente, não impõem suas próprias opiniões a respeito da política sensata”.

⁷⁹ Segundo Gustavo Binbenojm (2001, p. 89), as “políticas são metas ou diretrizes a serem alcançadas pelo governo para a melhoria de algum aspecto econômico ou social da comunidade como um todo. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade como um todo seria melhor beneficiada se um programa particular for adotado; são, assim, sob esse aspecto, argumentos baseados no objetivo ou no resultado. Os princípios, ao contrário, são padrões que devem ser observados não em função da melhoria ou avanço que proporcionem para a coletividade nos planos econômico, político ou social, mas porque constituem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Os argumentos de princípios são baseados em direitos, que devem ser assegurados ainda que contra fins coletivos tidos como desejáveis pela maioria”. Em sentido semelhante, Conrado Hübner Mendes (p. 36-37) afirma que argumentos de política são aqueles que “justificam a decisão em função de algum objetivo coletivo, como a decisão voltada para o bem-estar da comunidade” ao passo que argumentos de princípios são aqueles “argumentos que justificam a decisão política, mostrando que essa respeita um direito moral do indivíduo”.

De outro lado, a opção por abolir a pena de morte ou por proibir a discriminação contra as mulheres no emprego não é uma opção sensível à escolha. Por esse motivo, é prudente que as decisões a seu respeito fiquem a cargo do Poder Judiciário, em que as respostas não dependem do número daqueles que a sustentam, mas sim da correta adequação ao Direito (BRITO, 1995, p. 43).

Por tudo isso, Gustavo Binzenbojm (2001, p. 90) afirma que as funções da “jurisdição constitucional e dos corpos legislativos são concebidas como processos de desenvolvimento da democracia, tendo cada qual um âmbito de atuação e uma racionalidade próprios”, de sorte que a jurisdição constitucional representaria o “fórum do princípio por excelência, porquanto os juízes constitucionais, por sua formação e independência, são considerados mais aptos ou qualificados para resolver questões de princípios (insensíveis à escolha)” (BINENBOJM, 2001, p. 90), ao passo que “os parlamentos e governos são mais qualificados, à vista de sua legitimação popular, para escolher as políticas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade” (BINENBOJM, 2001, p. 90). Logo, a jurisdição constitucional tem a missão – que também é a sua fonte de legitimação – de fazer “com que os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas de poder” (BINENBOJM, 2001, p. 93). Surge então, em substituição à democracia majoritária, uma democracia constitucional baseada justamente em determinados direitos que, por representarem questões de princípio, devem ser assegurados às pessoas, com prevalência sobre as políticas públicas decididas pela maioria eleitoral (BINENBOJM, 2001, p. 105).

Finalmente, não é demais lembrar o posicionamento de Alexandre de Moraes (2002, p. 563), para quem as “decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre a dos representantes populares eleitos pelo povo porque presume-se que o povo assim desejou na elaboração da Constituição”. Dessa forma, também sob esta ótica se presume a legitimidade democrática dos membros que compõem os Tribunais Constitucionais. Posto isto, convém analisar qual a sua relação com o princípio da separação de poderes. Apesar de realmente tratar-se de tema correlato ao abordado no presente subcapítulo, é possível fazer uma análise do tema tendo como contraponto única e exclusivamente a separação de poderes. Desse modo, adiante, procurar-se-á demonstrar de que forma a jurisdição constitucional com ela se relaciona, ressaltando, desde logo, que as considerações ao final obtidas

servirão de embasamento para justificar a extensão do efeito vinculante também para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

3.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

3.3.1 Notas históricas acerca da teoria da separação de poderes

De acordo com André Ramos Tavares (2005, p. 165), a autoria da doutrina da separação de poderes⁸⁰ é bastante controversa, pois de um lado há autores que a atribuem a John Locke, ao passo que, de outro lado, há autores que a atribuem a Montesquieu, sendo possível, ainda, encontrar quem negue qualquer influência do primeiro para a construção da teoria em referência e quem enxergue o seu antecedente mais remoto na teoria da constituição mista de Aristóteles⁸¹. No entanto, é perfeitamente possível “fixar o entendimento de que a separação dos

⁸⁰ Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 215-216) a expressão separação de poderes tem causado algumas polêmicas na doutrina, sob o argumento de que o poder é uno e indivisível. Ainda, o autor considera haver uma relação muito estreita entre poder e função, havendo mesmo quem sustente – como Leroy-Beaulieu – ser inadequado falar em separação de poderes quando, em verdade, o que há é uma simples divisão de distribuição de funções. Nesse ponto, a questão não é meramente terminológica, pois “está intimamente relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social. De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se preocupa é aumentar a eficiência do Estado, organizando-a da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições. E pode muito bem ocorrer que se conclua ser mais conveniente, em certos momentos e num Estado determinado, concentrar as funções em menor número de órgãos, o que iria entrar em choque com o princípio da separação de poderes”. De qualquer forma, sem querer adiantar as conclusões do presente capítulo, considerando que o intuito da teoria em seu criador era limitar o poder do Estado, a opção, no presente trabalho, será pela expressão separação de poderes, sem que isso signifique desconhecimento às críticas que lhe são feitas com base na unidade do poder.

⁸¹ Ainda, Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 217) afirma que o antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles, para quem era injusto e perigoso atribuir a um só indivíduo o exercício do poder. Ainda, prossegue o autor afirmando ser perfeitamente possível encontrar sinais dessa teoria em Marsílio de Pádua, em Maquiavel e em John Locke, pois (i) o primeiro fazia uma distinção entre um poder legislativo e um poder executivo; (ii) o segundo sustentava a possibilidade de se encontrar, já na França do século XVI, um poder legislativo, um poder executivo e um poder judiciário independentes, e; (iii) o terceiro argumentava que as quatro funções fundamentais do Estado Inglês de seu tempo – quais sejam, a função legislativa, a função executiva, a função federativa e a função de fazer o bem público – eram exercidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

poderes, como doutrina política, encontrou realmente sua origem e início na obra de Montesquieu” (TAVARES, 2005, p. 166). No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 218) afirma que a teoria da separação de poderes – concebida como um sistema em que se conjugam um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, harmônicos e independentes entre si – deve-se a Montesquieu, mais precisamente a partir das considerações traçadas no Capítulo VI do Livro XI da obra “Do Espírito das Leis”⁸², publicado em 1748. Tecnicamente a obra em referência é um caos, seja pela falta de unidade de exposição, seja pela repetição de assuntos em capítulos que parecem se esfacelar (BONAVIDES, 2004, p. 250). A explicação mais provável para essa falta metodológica deve-se aos sucessivos abandonos e posteriores retomadas da obra pelo seu autor nos vinte anos em que demorou para ficar pronta⁸³. De qualquer forma, independentemente das críticas a respeito da sua metodologia – que nem de longe comprometem o seu brilhantismo ou mesmo o seu legado para a história –, é fato que o “Do Espírito das Leis” de Montesquieu, em especial o seu Livro XI, Capítulo VI, é o oráculo mais citado quando se fala em separação de poderes (TAVARES, 2005, p. 164).

Vivenciando a experiência constitucional inglesa, o autor (MONTESQUIEU, 2007, p. 165) inicia o trecho mencionado afirmando que existem em cada Estado três tipos de poder, quais sejam, “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”. O primeiro (chamado Poder Legislativo) consiste no poder de elaborar, modificar e ab-rogar as leis, ao passo que o segundo (chamado simplesmente Poder Executivo do Estado) consiste no poder de fazer a guerra, de enviar ou receber

⁸² De fato, por mais que alguns autores tenham flertado com a questão da separação de poderes no passado, foi Montesquieu quem se debruçou sobre a questão em profundidade. Segundo Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 5-6), muitos “se dedicaram a refletir sobre o tema, no intuito de identificar as funções exercidas pelo poder estatal e propor maneiras de estruturá-las em órgãos distintos. A divisão orgânica do poder tomou, todavia, sua feição mais significativa a partir da teoria da separação dos poderes enunciada na obra de Montesquieu. Ensina Carré de Malberg, a esse propósito, que a verdadeira e moderna teoria da separação dos poderes encontra-se estreitamente associada a Montesquieu. Adverte, nesse sentido, que – diferentemente de Aristóteles – Montesquieu não se limita a uma distinção abstrata e racional das funções do Estado, mas sobretudo, enuncia um modelo de separação orgânica de poderes. E – diferentemente de Locke – Montesquieu não se restringe a descrever a realidade da organização política de seu país a seu tempo, mas propõe, ainda que implicitamente, uma organização ideal, aplicável, como princípio geral, em cada Estado”.

⁸³ Tal fato vem denunciado já no desabafo no preâmbulo de sua obra, segundo o qual “comecei e abandonei várias vezes esta obra; mil vezes abandonei ao vento as folhas que havia escrito; sentia todos os dias as mãos paternas tombarem; seguia meu objetivo sem formar um plano; não conhecia regras nem exceções; encontrava a verdade para em seguida a perder; mas quando descobri meus princípios, tudo o que procurava veio a mim; e, no decorrer de vinte anos, vi minha obra crescer, progredir e chegar a seu final” (MONTESQUIEU, 2007, p. 15).

embaixadas, de instaurar a segurança e prevenir invasões, enquanto que o terceiro consiste (chamado poder de julgar) no poder de castigar os crimes ou de julgar as questões entre os indivíduos.

Na seqüência, o autor (MONTESQUIEU, 2007, p. 166) discorre sobre as ameaças da concentração de poder nas mãos de uma única pessoa ou mesmo de um grupo delas, dizendo inexistir liberdade nas hipóteses em que o poder Legislativo encontra-se ligado ao poder Executivo, pois se pode “temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. Ainda, sustenta que tampouco haveria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do poder legislativo e do executivo, e que se o poder executivo estivesse “unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, 2007, p. 166). Finalmente, para evidenciar ainda mais o perigo da concentração de poderes, o autor (MONTESQUIEU, 2007, p. 166) conclui – em conhecida frase – que tudo “estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes”. Com base nessas premissas, propõe que cada um dos poderes mencionados desenvolva um tipo de atividades característica.

Assim sendo, na medida em que descentraliza o poder, dividindo entre pessoas ou órgãos distintos o exercício das três funções precípua do Estado, quais sejam, a legislativa, a executiva e a judiciária, Montesquieu protege o indivíduo contra os abusos do poder estatal ilimitado. É esse o principal objetivo da separação de poderes, na sua concepção original⁸⁴. Não por outro motivo, Paulo Bonavides (2004, p. 242) afirma que, doutrinariamente, a tese de Montesquieu é “a salvaguarda da liberdade, o extermínio da tirania”, enquanto Gisela Maria Bester (2005, p. 299-300) diz que “a separação de poderes existe primordialmente para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos, isto é, encontra sua razão de existir no possibilitar o respeito a esses direitos”.

⁸⁴ Essa idéia encontra-se em Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 31), para quem a “outra estratégia de moderação do poder político utilizada pelo pensamento liberal é a separação dos poderes. Novamente em antítese ao absolutismo, o liberalismo político propõe que o poder do estado não se concentre em um único órgão de tomada de decisões: ele deve ser distribuído entre órgãos distintos, pois isso permite que ‘poder freie poder’. Aqui está em jogo, igualmente, a contenção do arbítrio – este é o seu núcleo material –, não a garantia de competências exclusivas para cada órgão do estado”.

No mesmo sentido, André Ramos Tavares (2005, p. 168) associa a separação dos poderes à garantia do primado da lei, razão pela qual afirma que a teoria em referência buscava, em verdade, praticar um monismo do Poder Legislativo, sem que houvesse em sua obra “qualquer pretensão de equilíbrio de ‘poderes’ ou mesmo de uma separação funcional efetiva”. A teoria da separação de poderes, portanto, foi concebida com o intuito de limitar o poder do Estado por meio da distribuição das atividades legislativa, executiva e judiciária entre pessoas ou órgãos diversos, visto que – e aqui começa a se falar naquilo que a doutrina convencionou chamar de sistema de freios e contrapesos, ou *cheks and balances*⁸⁵ – só o poder freia o poder. Somente mais tarde, quando já convertida em dogma, é que a teoria da separação de poderes foi adaptada a novas concepções, como a de “aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados” (DALLARI, 2003, p. 215).

No que diz respeito à jurisdição constitucional, a teoria da separação de poderes de Montesquieu (2007, p. 172) pressupunha uma atuação do Poder Judiciário estritamente limitada à lei, sendo célebre, nesse sentido, a frase de sua autoria segundo a qual os “juízes da nação não são, conforme já se mencionou, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”. Cláudio Pereira de Souza Neto (2007, p. 34) analisa a questão afirmando que essa compreensão de Poder Judiciário acabava por exigir uma identificação total entre ato jurisdicional e texto normativo.

Dessa forma, a lei representava o parâmetro inafastável do poder de julgar, ou, conforme prefere Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 32), a atividade jurisdicional “encontrava-se estritamente subordinada aos comandos normativos inscritos na lei”⁸⁶, numa atividade caracterizada por elevado grau de automaticidade. Nesse

⁸⁵ “No Brasil, nosso arranjo institucional também se conforma com um sistema de freios e contrapesos. Assim, p. ex., para que um projeto de lei ordinária seja aprovado, além de contar com a maioria dos votos no Parlamento (CF, art. 47), deve também, geralmente, ser objeto de sanção presidencial (art. 66). Depois desta, pode haver ainda a fiscalização de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a). Há, ademais, a possibilidade de um dos poderes exercer a função que tipicamente competiria a outro poder. É o que ocorre, p. ex., quando o Senado Federal julga o Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade (art. 52, I) ou quando o Presidente da República legisla através de Medida Provisória (art. 62). Não há, portanto, uma separação estanque das funções estatais, mas uma ampla e intrincada rede de implicações recíprocas, a qual tem como objetivo evitar o arbítrio, eventualmente decorrente de uma concentração excessiva do poder” (SOUZA NETO, 2006, p. 32-33).

⁸⁶ Aliás, é natural que assim fosse, pois o “Do espírito das leis” de Montesquieu foi publicado em 1748, ocasião na qual vigorava com todo fôlego o dogma da soberania do Parlamento. Tal ponto, contudo, será melhor abordado capítulo subsequente.

contexto, como conciliar o exercício da jurisdição constitucional – partindo de uma premissa de que ela é construtiva, e não meramente interpretativa – com a teoria da separação de poderes? Uma possível solução foi a do legislador negativo, analisada adiante.

3.3.2 O legislador negativo

De fato, o próprio Hans Kelsen (2000, p. 385) reconhecia já em 1928, ocasião da publicação do seu famoso artigo intitulado “A Jurisdição Constitucional”⁸⁷ que a “anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no ‘poder legislativo’, como se costuma dizer⁸⁸. Buscando superar essa tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, criada pelo exercício da jurisdição constitucional – mais precisamente pelo seu Tribunal Constitucional – o autor (KELSEN, 2003, p. 151) desenvolveu a idéia de legislador negativo, segundo a qual a função de anular um ato normativo de caráter geral consiste, na realidade, em produzir uma nova norma geral em sentido contrário à primeira. Assim, para Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas sim uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa (BARROSO, 2008, p. 19).

De acordo com Hans Kelsen (2003, p. 151) o órgão responsável pela “anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal”. Segundo afirma (KELSEN, 2003, p. 151-152), o ato de anulação das leis se parece mais com uma função legislativa que com uma função jurisdicional, pois anular uma lei significa estabelecer uma norma geral, posto que “a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto

⁸⁷ Esse texto foi publicado pela primeira vez em francês “La garantie juridictionnelle de La Constitution (La justice constitutionnelle)”, na Revue de Droit Public et Science Politique, 35/197-257, 1928. Mais tarde foi publicada uma versão em alemão intitulada Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, PP. 31-88, sob o título “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (KELSEN, 2003, p. 121).

⁸⁸ Anos mais tarde, o autor (KELSEN, 2000, p. 385) reiterou na sua “Teoria Geral do Direito e do Estado” que a revisão judicial de legislação representava uma transgressão ao princípio de separação de poderes.

ela própria uma função legislativa”. Daí exsurge a noção de legislador negativo, já que ambos – o legislador ordinário e os membros do órgão incumbido de guardar a Constituição – trabalham no campo da legislação (embora com uma pequena diferença, ressalvada adiante). Explicando esse raciocínio, Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 51) afirma que a função de anular um ato normativo de caráter geral consiste, na realidade, em produzir uma norma geral em sentido contrário à primeira, e que a direta vinculação ao texto constitucional e a generalidade ínsita aos atos normativos que produz caracterizam a atividade do Tribunal Constitucional como legislativa em sentido negativo⁸⁹.

A partir dessa justificativa, Hans Kelsen (2003, p. 152) conjuga o exercício da jurisdição constitucional com o princípio da separação de poderes, uma vez que um Tribunal Constitucional incumbido da tarefa de anular uma determinada lei como se legislador negativo fosse, estaria em verdade repartindo o poder legislativo entre dois órgãos (lembrando que o Tribunal Constitucional típico, como mencionado anteriormente, não se insere na estrutura de nenhum dos três poderes, situando-se, em verdade, como um quarto poder autônomo)⁹⁰. Assim sendo, além de impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão, o autor (KELSEN, 2003, p. 152) consegue justificar também a regularidade do funcionamento dos

⁸⁹ Apesar disso, o autor (LEAL, R., 2006, p. 52) reconhece mais adiante que a jurisdição constitucional em Hans Kelsen assume um caráter híbrido, porquanto além desses aspectos de legislador negativo, o seu exercício pressupõe também uma atividade jurisdicional. Nesse sentido, a “atividade exercida pelo Tribunal Constitucional, em razão da preponderância da função de aplicação das normas, caracteriza-se também por ser uma atividade jurisdicional. Assim, é correto afirmar que a função do Tribunal Constitucional configura, de um lado, uma atividade legislativa na medida em que produz normas jurídicas de caráter geral e constitui função submetida e vinculada diretamente à Constituição. De outro lado, assume contornos de atividade jurisdicional, porquanto se afigura antes uma função de aplicação de normas do que de criação de normas. Trata-se, ao que parece, de uma atividade estatal de caráter híbrido, uma vez que reúne atributos inerentes à legislação e à jurisdição. É possível, inclusive, fazer especulações no sentido de que tal formulação teórica consiste em expediente retórico utilizado por Kelsen a fim de justificar a existência de um Tribunal competente para controlar e julgar a regularidade constitucional dos atos do Parlamento e dos demais órgãos” (LEAL, R., 2006, p. 52).

⁹⁰ Justamente por esse motivo o autor (KELSEN, 2003, p. 152) prefere falar em repartição de funções ao invés de divisão de poderes, já que esta traz ínsita a idéia de controle recíproco de uns sobre os outros. Ainda, em outra obra, qual seja, na “Teoria Geral do Direito e do Estado” o autor (KELSEN, 2000, p. 390) firma que “não se pode falar de uma separação entre a legislação e as outras funções do Estado no sentido de que o chamado ‘órgão legislativo’ – excluindo os chamados órgãos ‘executivo’ e ‘judiciário’ – seria, sozinho, competente para exercer essa função. A aparência de tal separação existe porque apenas as normas gerais criadas pelo ‘órgão’ legislativo são designadas como ‘leis’ (*leges*). Mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio de separação de poderes, a função legislativa – uma mesma função, e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de órgão ‘legislativo’. Esse órgão nunca tem um monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, tal como a previamente caracterizada. A sua designação como órgão legislativo é tão mais justificada quanto maior for a parte que ele possui na criação de normas gerais”.

diferentes órgãos, motivo este que o leva a afirmar que “a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele”.

Apesar disso, muito embora defenda que o Tribunal Constitucional exerça atividade de natureza legislativa, o autor (KELSEN, 2003, p. 153) reconhece que os elementos políticos considerados no processo de elaboração das leis não têm a mesma influência no processo de anulação das leis. Nesse sentido, afirma (KELSEN, 2003, p. 153) que todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em cena quando se trata de jurisdição constitucional; neste ponto reside a distinção entre a elaboração e a anulação das leis: enquanto o órgão responsável pela anulação das leis está exclusivamente adstrito à Constituição e limitado a um processo de aplicação de suas normas, o órgão que as elabora, embora também esteja adstrito ao texto constitucional, goza de uma discricionariedade política que permite fazer escolhas (no que diz respeito à conveniência da criação de uma lei)⁹¹.

Contudo, conforme mencionado no tópico sobre a contestação da Carl Schmitt sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional – tópico 2.2.3 –, a noção de legislador negativo não foi adotada em sua plenitude, pois acabou prevalecendo o entendimento segundo o qual os órgãos incumbidos de guardar a Constituição exerciam verdadeira jurisdição constitucional, no sentido de aplicação do Direito com *status* de coisa julgada.

⁹¹ É conveniente, neste ponto, trazer à colação a passagem de Hans Kelsen (2003, p. 153), por ser extremamente esclarecedora: “Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha quando se trata de anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional. Portanto, os mesmos princípios essenciais que presidem sua constituição são válidos para a organização dos tribunais ou dos órgãos executivos”.

PARTE II – DO EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4 DA TRAJETÓRIA DO EFEITO VINCULANTE NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DOS AVANÇOS E RETROCESSOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PAÍS

Segundo Paulo Bonavides (2005, p. 361), quem se propuser a uma análise aprofundada da evolução constitucional brasileira não terá nenhuma dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente delimitáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos, quais sejam: (i) o constitucionalismo do Império, (ii) o constitucionalismo da Primeira República e (iii) o constitucionalismo do Estado Social. Mais adiante, completa o autor (BONAVIDES, 2005, p. 361) afirmando que a análise de cada uma dessas etapas é imprescindível para compreender os rumos constitucionais contemporâneos, presentes à realidade brasileira, sobretudo, após a promulgação da Constituição de 1988. Posto isto, para fins de explicitar de que forma o efeito vinculante adentrou no ordenamento jurídico brasileiro, bem como para apontar um possível rumo para o mesmo de ora em diante é necessário analisar cada uma dessas fases.

A opção no presente capítulo é por realizar uma análise não apenas jurídica, mas também política, de toda a história constitucional brasileira, e não apenas da primeira previsão dos efeitos vinculantes em diante, levando-se em consideração os movimentos que antecederam a promulgação ou a outorga de cada um dos diversos textos constitucionais brasileiros, marcados pelo estigma da instabilidade e pela falta de continuidade das instituições nacionais (BARROSO, 2006, p. 7). De qualquer forma, independentemente do enfoque adotado, o propósito é demonstrar que o efeito vinculante vem, passo a passo, se afirmando na jurisdição constitucional brasileira, fato este que cria um contexto favorável à sua extensão também para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, conforme vem sendo consignado em algumas decisões analisadas nos capítulos adiante.

4.1 A PRIMEIRA ETAPA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.1.1 A Constituição de 1824

A partir do “grito do Ipiranga, segundo Paulo Ferreira da Cunha (2007, p. 197), o Brasil passou a ter Constituição. De fato, a história constitucional brasileira inicia-se com a “Constituição do Império do Brasil”⁹² outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, após o golpe de Estado que culminou, no dia 12 de novembro de 1823, com a dissolução da Primeira Constituinte Brasileira (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p, 54).

De um modo geral, o seu primeiro artigo estabelecia que o Império era formado pela associação política de todos os cidadãos brasileiros, reunidos em torno de uma nação livre e independente na qual não se admitia qualquer outro laço de união ou federação que fosse de encontro à sua independência. Por sua vez, o segundo artigo elevava à categoria de província as capitanias então existentes, ao passo que o terceiro artigo estabelecia que governo era o monárquico, hereditário, constitucional – ao menos do ponto de vista formal – e representativo. Em seguida, o artigo quarto afirmava a dinastia de Dom Pedro I como a Imperante, enquanto o artigo subsequente elevava a religião católica ao patamar de religião oficial do Império (nada obstante admitisse o artigo em referência ao culto de religiões diversas no âmbito doméstico, ou então em casas destinadas a esse fim, desde que sem qualquer caracterização externa de templo).

Ainda, de acordo com os artigos 13, 35, 40 e 43 da Constituição de 1824 as eleições eram diretas e censitárias e o Poder Legislativo era exercido pela “assembléia geral, composta de duas câmaras: a dos deputados, eletiva e temporária, e a dos senadores, integradas de membros vitalícios, nomeados pelo Imperador dentre componentes de uma lista tríplice eleita por província” (SILVA, 2005, p. 75). Por sua vez, o artigo 102 previa que o Poder Executivo era chefiado pelo Imperador e exercido pelos Ministros de Estado, enquanto o artigo 151 afirmava que o Poder Judiciário era independente e composto de juizes e jurados, com

⁹² Por opção metodológica, o texto original foi atualizado para o vernáculo.

competências cível ou criminal. Já próximo das disposições finais, o artigo 179 trazia uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores (SILVA, 2005, p. 75).

Porém, a singularidade da Constituição de 1824 encontrava-se nos artigos 10 e 98. Com efeito, muito embora o seu nono artigo contemplasse o princípio da separação de poderes, considerando-o o como o mais “seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece“, os dois artigos acima mencionados instituíam a figura do Poder Moderador, chave de toda organização política do Império, exercido “privativamente pelo Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos“ (SILVA, 2005, p. 75). Diz-se chave de toda a organização política do Estado porque conferia ao Imperador uma série de prerrogativas que praticamente anulavam os demais Poderes. Enumerando-as, Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, p. 106) mencionam que ao Poder Moderador era permitido (i) nomear um terço dos Senadores, (ii) convocar Assembléia Geral, em caráter extraordinário, nos intervalos das sessões, (iii) sancionar os decretos e resoluções da Assembléia Geral, (iv) aprovar e suspender interinamente as resoluções dos Conselhos Provinciais, (v) prorrogar ou adiar a Assembléia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados nos casos em que exigir a salvação do Estado, convocando imediatamente outra em substituição, nomear e demitir livremente os ministros de Estado, (vi) suspender os Magistrados, (vii) perdoar e reduzir as penas impostas aos réus por sentença irrecorrível, (viii) conceder anistia em casos urgentes e que assim aconselhem a humanidade e o bem do Estado, dentre outras⁹³.

⁹³ Em semelhante sentido, José Afonso da Silva (2005, p. 76): “Mas a chave de toda organização política estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador: ‘Realmente, criando o Poder Moderador, enfeixado na pessoa real, os estadistas do antigo regime armam o soberano de faculdades excepcionais. Como Poder Moderador, ele age sobre o Poder Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, na lista tríplice, dos senadores. Ele atua sobre o Poder Judiciário pelo direito de suspender os magistrados. Ele influi sobre o Poder Executivo pelo direito de escolher livremente seus ministros de Estado e livremente demiti-los. Ele influi sobre a autonomia das províncias. E, como chefe do Poder Executivo, que exerce por meio dos seus ministros, dirige, por sua vez, todo o mecanismo administrativo do país’. Aqui, o Rei reinava, governava e administrava, como dissera Itaboraá, ao contrário do sistema inglês, onde vigia e vige o princípio de que o Rei reina, mas não governa”.

4.1.2 Uma Constituição liberal no Império?

Embora contemplasse um regime monárquico com tendências para o absolutismo, a Constituição de 1824 foi fortemente influenciada pelo pensamento liberal⁹⁴. Por esse motivo Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, p. 104) convencionaram chamá-la de “híbrida”, pois conjugava num mesmo documento o regime absolutista com os dogmas do pensamento liberal (por exemplo, a organização política do Estado e a previsão de um rol de direitos e garantias individuais, além da previsão do princípio da separação de poderes, muito embora mitigado pelo Poder Moderador). Não foi ela, contudo, o marco do pensamento liberal no país. Como adiante restará demonstrado, essa condição apenas foi conquistada pela Constituição subsequente, qual seja, a de 1891. Todavia, conforme Luis Roberto Barroso (2006, p. 9), é inegável que a Carta do Império fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais ter sido encarada pelo Imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia. Essa tendência acabou revelando-se mais forte alguns anos mais tarde, quando Dom Pedro II enviou uma comitiva aos Estados Unidos para estudar o *judicial review* inaugurado em 1803 com o caso *Marbury versus Madison*, pretendendo, com isso, conferir uma proteção maior ao texto constitucional então vigente. No entanto, a comitiva sequer chegou a apresentar uma proposta ao Imperador visto que poucos meses após a sua partida foi deflagrado o movimento que inaugurou a República no país⁹⁵.

⁹⁴ Segundo Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, p. 102), o “constitucionalismo do Império introduziu no País uma forma política de organização do poder que se inspirava em grande parte nos princípios fundamentais da ideologia liberal”. Apesar disso, lembram os autores (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 111) que é possível verificar no texto constitucional de 1824 uma sensibilidade precursora para o social, pois continha dispositivos enunciando que “a Constituição também garante os socorros públicos”, ao mesmo passo que declarava a instrução primária gratuita a todos os cidadãos; regras, portanto, de constitucionalismo social, tão peculiares às conquistas de nosso século”.

⁹⁵ Segundo Leda Boechat Rodrigues (1965, p. 1), em “julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de Dom Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: ‘Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que ns funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria este melhor. Dêem toda a atenção a este ponto’. Quatro meses depois o Imperador era deposto, mas essa sua idéia parecia estar presente na consciência de outros”.

4.1.3 A jurisdição constitucional no Império

De carona com a influência do pensamento liberal foram importados da Inglaterra o princípio da Supremacia do Parlamento e da França a concepção de lei enquanto expressão da vontade geral do povo (CLÈVE, 2000, p. 80). Ambos os elementos – ao lado do Poder Moderador – contribuíram para a inexistência de um sistema de controle de constitucionalidade no Brasil-Império. De fato, segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 80), tanto o princípio da supremacia do Parlamento quanto a concepção da lei enquanto vontade soberana do povo “constituíam obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade” nesse período. Opinião esta compartilhada por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 33-34), para quem a influência francesa contribuiu para a inexistência na Constituição de 1824 de um sistema de controle de constitucionalidade semelhante aos modelos atuais, e por Lenio Luiz Streck (2002, 335), para quem por “inspiração francesa, não foi concedida ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos legislativos”. Para não dizer que inexistia no texto constitucional do Império qualquer forma de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como para ressaltar o dogma da Supremacia do Parlamento orientando-a, o seu artigo 15, item 9, estabelecia que competia ao Poder Legislativo velar pela guarda da Constituição. Contudo, era impossível localizar nos seus dispositivos “uma palavra a respeito do modo como essa ‘guarda’ seria exercida” (CLÈVE, 2000, p. 81).

No entanto, além da supremacia do Parlamento e da lei, também a instituição do Poder Moderador impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos no período monárquico, pois na medida em que por meio do poder em questão o Imperador exercia uma função de coordenação, mantendo a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes e resolvendo os eventuais conflitos de uns com os outros (CLÈVE, 2000, p. 81)⁹⁶. Assim, o segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 81-82), tanto o dogma da

⁹⁶ Lenio Luz Streck (2002, 333-334) enxerga também nos Conselhos de Estado um óbice ao exercício da jurisdição constitucional no Brasil-Império. Para ele, duas “das instituições do Império foram objeto de longa polêmica entre os juristas do Império, o Poder Moderador e o Conselho de Estado, nos quais os liberais viam a sobrevida do absolutismo monárquico (...). O Conselho de Estado era ouvido em questões que dissessem respeito ao Poder Moderador e também em pelo menos duas hipóteses

soberania do Parlamento e a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, quanto a previsão de um Poder Moderador “explicam a ausência de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império”. É importante deixar claro, entretanto, que essa ausência de um controle de constitucionalidade devia-se não à ignorância sobre a sua existência – lembrando que o precedente por excelência citado como origem do método difuso de controle de constitucionalidade é de 1803, conforme já mencionado –, mas sim por mera opção do *status quo*. Isso porque, como recorda Regina Maria Macedo Ferrari (1999, 71), o projeto da Constituição, elaborado em 1823, pela Assembléia Constituinte, tratava da matéria, reconhecendo em seus artigos 266, 267 e 268 a inexistência de validade das leis contrárias ao texto constitucional⁹⁷. No entanto, o referido projeto não veio se transformar em Constituição porque por ocasião do golpe mencionado no início do presente capítulo – do dia 12 de novembro de 1823 – a Assembléia foi dissolvida e uma nova Constituição foi em seu lugar outorgada. Logo, embora não praticada, a temática da jurisdição constitucional não era desconhecida na época.

Encerrando a análise sobre o período constitucional do Império, Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, p. 15) consideram-no como o momento da história brasileira em que o poder mais esteve apartado da Constituição formal, sendo que a “verdadeira Constituição Imperial não estava no texto outorgado, mas no pacto selado entre a monarquia e a escravidão”. Apesar disso, foi a Constituição que mais durou na história do constitucionalismo brasileiro, mantendo-se por longos 65 anos, desde a sua outorga até 1889, ano no qual as “instituições imperiais da monarquia entram em colapso, ocorrendo então o advento da república, obra do golpe de Estado desferido em 15 de novembro de 1889 por militares hostis ao sistema centralizador da organização imperial” (BONAVIDES, 2005, p. 362).

que terminavam por interferir em controvérsias que hoje seriam caracterizadas como judiciais, uma vez que se pronunciavam em conflitos de jurisdição entre autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias, e sobre decretos, regulamentos e instruções para a ‘boa execução das leis’, além de opinar sobre propostas que o poder executivo enviasse à Assembléia Geral e sobre ‘abusos das autoridades eclesiásticas”.

⁹⁷ Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 71), “devemos lembrar que o projeto de 1823 – que não veio a se transformar em Constituição, por ter D. Pedro dissolvido, em 12 de novembro de 1823, a nossa primeira Assembléia Constituinte – tratava da matéria em seus artigos 266, 267 e 268: ‘Art. 266. Todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor. Art. 267. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos individuais. Art. 268. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelos legislativos ordinários, concordando dois terços de cada uma das salas”’.

4.2 A SEGUNDA ETAPA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.2.1 A Constituição de 1891

Com o advento da República, o Brasil adentrou na segunda época constitucional de sua história. As instituições políticas vigentes foram substancialmente alteradas e, posteriormente, depositadas na “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891.

Influenciada pelo constitucionalismo norte-americano – o qual despertou o interesse de personalidades marcantes, como Rui Barbosa (MARTINS; MENDES, 2005, p. 35)⁹⁸ – a nova Constituição instituía a Federação como forma de Estado, a República e o Presidencialismo como forma e sistema de governo, respectivamente, além de um legislativo bicameral formado por representantes dos Estados (Senado) e do povo (Câmara). Além disso, foi a Constituição de 1891 a responsável pela criação do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Finalmente, de acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 375), o texto em referência ainda trouxe outras importantes alterações, como a previsão da organização tripartite das funções do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, a instituição do *habeas corpus*, a separação entre o Estado e a Igreja, de forma que o Poder Público manteve-se neutro no que diz respeito aos debates de cunho religioso, dentre outras mudanças⁹⁹.

⁹⁸ No mesmo sentido, Gisela Maria Bester (2005, p. 401), para quem a influência da doutrina constitucional norte-americana na Constituição de 1891 “deveu-se muito a Rui Barbosa, um admirador profundo das instituições norte-americanas (até o nome do nosso País nessa Constituição se assemelhava ao dos Estados Unidos: Estados Unidos do Brasil)”.

⁹⁹ Sintetizando esse momento de ruptura, Paulo Ferreira da Cunha (2007, p. 199) afirma que “de Império se passa a República (com óbvia supressão do poder moderador e mais puro estabelecimento da separação dos três poderes), de Estado Unitário a Estado federal, de Estado com religião oficial católica a Estado laico. Aprofundam-se os direitos, liberdades e garantias. O *habeas corpus* (instituído no Código Criminal de 1830) passa a ter lugar na Constituição, como lhe cumpria, e é abolida a pena de morte e outras penas e tratamentos cruéis e infamantes. O regime passa a ser presidencialista, como inspiração nos EUA. De novo uma revisão constitucional, em 1926, virá centralizar o poder, criando porém, simultaneamente, a Justiça Federal”.

4.2.2 A jurisdição constitucional na Primeira República

No plano da jurisdição constitucional, marcou esta fase do constitucionalismo brasileiro a criação de uma Corte Suprema – no caso, o Supremo Tribunal Federal – à semelhança da existente nos Estados Unidos e a abertura para as técnicas difusas de controle de constitucionalidade. Com efeito, o Tribunal em questão tinha competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, conforme artigo 59, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”¹⁰⁰, da Constituição em vigor, sendo que essas disposições foram repetidas no artigo 15, parágrafo 2º, alínea “b”, números 2 e 3 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no mesmo ano e, mais tarde, aperfeiçoadas no artigo 13, parágrafo 10, da Lei n. 221/1894, segundo o qual ao apreciar a validade das leis e regulamentos, os juízes e tribunais poderiam deixar “de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Muito embora a disposição mereça todo o reconhecimento pelo contributo à teoria do controle de constitucionalidade, de um certo ponto de vista é possível sustentar que a sua previsão, em verdade, representava um mero preciosismo, pois uma vez reconhecida a superioridade hierárquica da Constituição e da organização do Poder Judiciário, não há porque ser editada lei afirmando a fiscalização de constitucionalidade pela via difusa, pois esta decorre da própria Constituição. De qualquer forma, novamente a título histórico, vale a pena ressaltar que documentos anteriores já haviam previsto a fiscalização difusa de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil, como é o caso do artigo 58, parágrafo primeiro, alíneas “a” e “b”¹⁰¹ do Decreto 510, de 22 de junho de 1890 – também conhecido como Constituição Provisória de 1890 – e dos artigos 3º e 9º, parágrafo único, alíneas “a”,

¹⁰⁰ Nesse particular, estabelecia o artigo 59, parágrafo primeiro, alíneas “a” e “b” a competência para o Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso as sentenças das Justiças dos Estados “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela” e “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

¹⁰¹ Os dispositivos mencionados reconheciam a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos interpostos contra decisões dos Tribunais e Juízes Federais nas seguintes hipóteses: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnados.

“b” e “c”¹⁰², do Decreto n. 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que instituiu a Justiça Federal no País. À nível constitucional, contudo, foi a de 1891 a primeira Constituição a mencionar a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, em grau de recurso, de modo que não é raro encontrar na doutrina menções apontando-a como a origem dessa técnica de fiscalização de constitucionalidade¹⁰³.

Em matéria de efeito vinculante, o artigo 59, parágrafo 2º, da Constituição de 1891 trazia uma fórmula que, em tese, poderia ser interpretada como um dos antecedentes mais remotos do instituto no país. De fato, o artigo em referência afirmava que nas hipóteses em que necessitasse se aplicar leis estaduais, a recém-instituída justiça federal deveria consultar a jurisprudência dos tribunais locais, sendo que estes igualmente deveriam consultar a jurisprudência daquela quando necessitassem interpretar leis da União¹⁰⁴.

A caracterização desse dispositivo como um antecedente de efeito vinculante, todavia, depende da comprovação da obrigatoriedade dessa consulta. A questão é “saber se o dever constitucional de consulta à jurisprudência federal implicava a sua necessária e compulsória observância” (LEAL, 2006, p. 131). A princípio, apesar de haver quem sustentasse a obrigatoriedade, a tese vencedora foi a de que nenhum tribunal estava obrigado a seguir cegamente a jurisprudência de outro tribunal (LEAL, 2006, p. 132). Ainda, o artigo 1º do Decreto n. 23.055/1933 afirmava que “as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. Porém,

¹⁰² Com efeito, assim diziam os dispositivos em referencia: “Art. 3º. Na guarda e aplacação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte; Art. 9º Compete ao Tribunal: (...) Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contraria à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária, à validade do titulo, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.

¹⁰³ É o caso, por exemplo, de Paulo Bonavides (2005, p. 325) ou Lenio Luiz Streck (2002, p. 340). Nada obstante, também é possível encontrar doutrina, como a de Maria Gisela Bester (2005, p. 400) reconhecendo que a história brasileira do controle de constitucionalidade, na sua vertente difusa, surgiu já com a Constituição Provisória de 1890.

¹⁰⁴ Assim dispunha o artigo em referência: “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”.

novamente a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Pretório Excelso não era mencionada, de forma que ainda não é possível identificar qualquer forma de antecedente de efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira.

4.2.3 Uma jurisdição constitucional não tão liberal

Em matéria de jurisdição constitucional, ao contrário do que ocorria no sistema anterior, o Judiciário do constitucionalismo republicano praticava um controle incidental e sucessivo de constitucionalidade. Contudo, seguindo a sorte da jurisdição constitucional típica do Estado Liberal, o exercício desse controle manifestou-se de forma bastante tímida durante os primeiros anos da República recém-instituída. Assim, se o constitucionalismo do período anterior foi influenciado pelo liberalismo, a Primeira República adotou-o plenamente (ANDRADE: BONAVIDES, 2002, p. 257), pois o texto constitucional de 1891 consagrava valores como a legalidade, a isonomia, a liberdade de associação, a inviolabilidade da casa como asilo do indivíduo, a livre manifestação de pensamento, o livre exercício de profissão, a impossibilidade de privação de direitos civis e políticos por motivos de crença ou função religiosa e a instituição do júri ao lado de um direito de propriedade absolutamente pleno, de um rol de direitos fundamentais aberto – marca indelével da vertente em questão¹⁰⁵ – e do princípio da separação de poderes, tudo em conformidade com o artigo 73, parágrafos 1º, 2º, 8º, 11, 12, 24, 31 e 17, artigo 78 e artigo 15, na ordem em que foram mencionados. Logo, a marca liberal no texto recém-promulgado era evidente¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Segundo Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, p. 259), o “aperfeiçoamento liberal de garantia dos direitos da pessoa humana culminou com o artigo 28 (sic) da Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, segundo o qual a declaração não excluía ‘outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelecia e dos princípios que consigna”.

¹⁰⁶ Aliás, para evidenciá-la ainda mais é importante chamar a atenção para o preâmbulo da Constituição Provisória (Decreto 510/1820) que expressamente invocava o ideário liberal como uma de suas bases. Assim dizia o preâmbulo da Constituição Provisória: “O Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exército e a Armada, em nome e com assenso da Nação, Considerando na suprema urgência de acelerar a organização definitiva da República, e entregar no mais breve prazo possível à Nação o governo de si mesma, resolveu formular sob as mais amplas bases democráticas e liberais, de acordo com as lições da experiência, as nossas necessidades e os princípios que inspiraram a revolução a 15 de novembro, origem atual de todo o nosso direito público, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que com este ato se

A soma dessa influência, aliada à novidade do controle difuso e até mesmo do medo do regime ainda autoritário, fez com que a jurisdição constitucional se desenvolvesse de forma extremamente tímida nos primeiros anos da República. Ainda, em se tratando de Supremo Tribunal Federal, Lenio Luiz Streck (2002, p. 342) recorda que a maior parte dos seus Ministros eram provenientes do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império, e, por isso, atrelados a uma cultura estranha à fiscalização de constitucionalidade¹⁰⁷. Dito de outra forma, novos “paradigmas eram trabalhados a partir de velhas estruturas de saber (e de poder)” (STRECK, 2002, p. 342), motivo este que contribuiu para a desconfiança inicial para com o controle de constitucionalidade. Ainda, contribuindo para essa resistência ao exercício das técnicas difusas de controle de constitucionalidade, inexistiam na autoritária Primeira República garantias à magistratura, como a inamovibilidade, de modo que era até mesmo arriscado um juiz singular decretar a nulidade, por exemplo, de um ato normativo do Executivo.

Para ratificar a afirmação, basta dizer que a história republicana relata casos de juízes acusados de crime de responsabilidade ou de prevaricação por terem se negado a aplicar leis inconstitucionais, chegando, em alguns casos, até mesmo a serem suspensos. O caso mais emblemático desse período é relatado por Leda Boechat Rodrigues (1965, p. 82-86). Conforme consta, ao abrir a sessão do Júri da cidade de Rio Grande, o Juiz de Direito Alcides Mendonça Lima declarou que não aplicaria os artigos 65, parágrafo 1º, e 66 da Lei n. 10/1895 (Lei de Organização Judiciária do R.G.S.) – segundo os quais as sentenças do Júri no Estado do Rio Grande do Sul “seriam proferidas pelo voto a descoberto da maioria’ e os jurados não poderiam ser recusados; à medida que fossem eles sorteados, porém, as partes

publica, no intuito de ser submetida à representação do país, em sua próxima reunião, entrando em vigor desde já nos pontos abaixo especificados.

¹⁰⁷ Segundo afirma (STRECK, 2002, p. 342), “como a maioria dos membros do Supremo Tribunal eram provenientes do Supremo Tribunal de Justiça do Império, estes trouxeram para dentro do novo sistema a velha tradição. A velha Corte Judiciária do Império influiu na primeira fase do Supremo Tribunal Federal, apenas porque lhe forneceu os primeiros juízes, por via do aproveitamento e espírito de economia. Aproveitamento contraproducente, assinala Baleeiro, porque ‘os antigos juízes da Corte monárquica, já muito idosos e de espírito conservador, como o é geralmente o dos magistrados de carreira, foram chamados à missão política, extremamente complexa, e de todo diversa daquela a que se acostumaram em longa e rotineira existência. Devia ser algo revolucionário a provento juízes de instituições áulicas – no sentido jurídico-político e nobre da palavra áulico – a idéia de declararem inconstitucionais as leis, negando-lhes a eficácia no caso concreto trazido a seu julgamento ou anulando atos do Legislativo e do Executivo. Sólidos no Direito Romano e Reinol, afeiçoados alguns deles à cultura francesa e inglesa, distantes da norte-americana, tradicionalistas, leais às instituições monárquicas, esses magistrados, cujos nomes estão esquecidos, aderiram à República, mas, no fundo da mentalidade, eram prisioneiros do passado a que pertenciam”.

poderiam opor-lhes suspeição motivada, decidida pelo presidente do tribunal” –, por julgá-los inconstitucionais (RODRIGUES, 1965, p. 83). Passados três dias após a decisão o Presidente do Estado, Júlio Castilho, oficiou ao Procurador Geral determinando-lhe promovesse, com a possível brevidade, “a responsabilidade do ‘juiz delinqüente e faccioso’” (RODRIGUES, 1965, p. 83).

O Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, entretanto, apesar de não ter aceitado a capitulação do crime, declarou que o magistrado se excedera no exercício de sua função judicial, pois os artigos impugnados como inconstitucionais não o eram manifestamente. Com base nisso, condenou o juiz acusado “à pena de 9 meses de suspensão do emprego (grau médio do artigo. 226 do Código Penal)” (RODRIGUES, 1965, p. 83). Requerida a revisão criminal ao Supremo Tribunal Federal, coube a Rui Barbosa fazer a defesa do magistrado, sendo que o trabalho originou o título “O Júri e a Responsabilidade Penal dos Juízes”, em que Rui Barbosa afirmava que não era somente a defesa de um magistrado que ali se fazia, mas a dos dois elementos que, no seio das nações modernas, constituem a alma e o nervo da Liberdade: o júri e a independência da magistratura (RODRIGUES, 1965, p. 83). O juiz acusado, como era razoável esperar, foi absolvido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁸. Além deste caso, é possível encontrar na história outros casos de perseguição contra juízes que, no intuito de realizar a Constituição recém promulgada, declaravam a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos (obviamente na contramão dos interesses do Executivo), sendo que o Supremo Tribunal Federal sempre se manifestava a favor da absolvição dos denunciados¹⁰⁹.

¹⁰⁸ “Plenamente consciente, pois, de que ali não se jogava apenas a sorte do juiz estadual, mas a de toda a magistratura da nação, o S.T.F., em acórdão muito curto, assim se manifestou: ‘Considerando: ... que o fato imputado ao recorrente como presidente do Júri da cidade do Rio Grande, [foi que] deixara de executar, por julgá-la inconstitucional, a lei estadual n.º 10, de 16 de dezembro de 1895, na parte relativa à recusa de jurados e voto descoberto; que este fato não constitui excesso dos limites das funções próprias do cargo ao recorrente, porquanto, os juízes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das suas funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais, como é expresso na Constituição da República (...); que, portanto, o recorrente, declarando nula, em parte, por inconstitucional, a citada lei rio-grandense, e deixando de aplicá-la, não excedeu os limites das funções do seu cargo, pelo contrário, exerceu-as regularmente; que esta conclusão, a favor do recorrente, não depende de decisão do S.T.F., sobre a inconstitucionalidade da mesma lei rio-grandense, visto que, se por este tribunal fosse ela julgada constitucional, ficaria estabelecido que o recorrente errou na sua apreciação, mas não, que delinqüiu; ... Acordam, sem entrar na apreciação da inconstitucionalidade da lei rio-grandense, em dar provimento ao recurso, para absolverem, como absolvem, o recorrente” (RODRIGUES, 1965, p. 85-86)

¹⁰⁹ “Assim foi no acórdão de 19 de dezembro de 1896, redigido pelo Ministro Américo Lobo, em que se lê: ‘É absolvido o juiz que deixa de cumprir a lei sem intenção criminosa, condição elementar da culpa’. Tratava-se do Dr. Aureliano Campos, juiz seccional no Distrito Federal, denunciado pelo Procurador Geral da Republica como incurso em excesso de função, por ter julgado inconstitucional e mandado cessar, por sentença proferida em processo de habeas-corpus, a custódia de um paciente

Importante ressaltar, contudo, que esses processos criminais contra juízes que se negavam a aplicar uma lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade não foram inventados no Brasil. O próprio Thomas Jefferson, “como Presidente dos Estados Unidos, tentou por vários modos livrar-se dos juízes federalistas. De 1802 a 1804, nada menos de sete juízes americanos foram processados criminalmente” (RODRIGUES, 1965, p. 89).

De qualquer forma, apesar de seus percalços¹¹⁰ – é fato que a Constituição de 1891 deu um importante passo em matéria de jurisdição constitucional, instituindo o Supremo Tribunal Federal, com competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, e abrindo as portas para a utilização das técnicas difusas de constitucionalidade também pelos juízes singulares. Fechando a análise da jurisdição constitucional no constitucionalismo da Primeira República, Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, p. 244-245) afirmam que o “divórcio entre a Constituição de 1891 e a realidade política e social do Brasil (...) se fizera de tal modo nítido e irrecusável, que já não era possível atenuá-lo por uma reforma tantas vezes reprimida e procrastinada pelas resistências do poder”. Talvez por isso a Reforma Constitucional de 1926¹¹¹ não tenha sido suficiente para manter o texto

que fora preso pelo furto de umas calças avaliadas em quinze mil réis. O juiz, disse o Tribunal, julgara ‘de acordo com a opinião enunciada antes da promulgação da Lei n.º 221 por alguns magistrados e legisladores constituintes’, de ser ‘a justiça da União mantenedora das garantias da liberdade individual, expressas no art. 72 da Constituição’. Assim, procedera ‘sem a intenção criminosa, condição elementar de culpa (Cód. Penal, art. 24), incompatível com a profunda convicção de que ele se achava imbuído de dever negar cumprimento a uma lei ordinária (art. 23 combinado com o artigo 20 da Lei n.º 221) que sua consciência lhe dizia ser limitativa do preceito constitucional’. Terminava o acórdão deste modo: ‘O S.T.F., recomendando ao denunciado a exata observação do art. 23 da Lei n.º 221, absolve-o da acusação intentada; pagas as custas pela Fazenda Nacional’ (RODRIGUES, 1965, p. 86-89).

¹¹⁰ Ao “longo de sua história, o STF sofreu inúmeras ingerências políticas, notadamente do Poder Executivo, o que atrapalhou, sem dúvida, e talvez até mesmo tenha sido o principal fator a impedi-lo de criar e fortalecer uma tradição na defesa dos direitos fundamentais. Isto obviamente teve reflexos negativos também em sua trajetória de controlador da constitucionalidade do País, ainda que nos primeiros tempos republicanos somente o fizesse pela via difusa. José Alfredo de Oliveira Baracho Junior refere um exemplo dessas indesejadas interferências tão logo proclamada a República. Deu-se em 1893, quando Floriano Peixoto criou obstáculos ao funcionamento do STF deixando de ‘nomear vários ministros, impedindo, assim, que houvesse o quórum mínimo para suas sessões’. Oscar Vieira complementa o mesmo exemplo informando que afinal, quando Floriano Peixoto fez nomeações para o lugar dos juízes que haviam se aposentado, nomeou um médico, que foi Ministro por mais de um ano, até que o Senado anulasse sua nomeação. Já no governo de Hermes da Fonseca decisões do Supremo foram descumpridas pelo Poder Executivo” (BESTER, 2005, p. 402-403).

¹¹¹ Em matéria de jurisdição constitucional, a referida Emenda não “trouxe alterações radicais para o sistema. Deu, todavia, mais clareza aos dispositivos que tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário. De fato, com a reforma, a Constituição, no art. 60, § 1.º, definiu que ‘das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade de leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se

promulgado em 1891, que acabou ruindo frente aos reclames da pseudo-Revolução Liberal de 1930¹¹². De fato, como recorda Luís Roberto Barroso (2006, p. 18), apesar de seus inúmeros aspectos positivos, a “emenda promulgada não foi capaz de restaurar a credibilidade do regime, nem de enfrentar as distorções estruturais e conjunturais que conduziam a primeira República a seu fim inexorável”. A Revolução de 1930, portanto, “marcou o fim de uma República ao mesmo tempo em que fechou um capítulo de nossa história federativa e republicana” (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 267).

Após ter passado por dois regimes – primeiro um Império e, em seguida, uma República –, o Estado Liberal da versão clássica chegava ao fim no Brasil e o país acordava para as mudanças do século (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 267)¹¹³. Surge nesse contexto a primeira Constituição de fato preocupada com a questão social, qual seja, a promulgada em 16 de julho de 1934, analisado de forma mais detalhada no capítulo adiante. Embora tenha sido a mais efêmera em toda a história brasileira, o texto em referência marcou significativamente o constitucionalismo e a jurisdição constitucional brasileira.

contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (CLÈVE, 2000, p. 84).

¹¹² Diz-se pseudoliberal apenas porque tinha como aspiração suprema sanear o sistema representativo adulterado pelos vícios da corrupção eleitoral institucionalizada pela política do café-com-leite e estabelecer, tanto quanto possível, a autenticidade do processo eletivo (BONAVIDES, 2005, p. 366). Ainda, segundo Lenio Luiz Streck (2002, p. 344), a Revolução de 1930 converteu-se, mais tarde, num verdadeiro projeto social-democrata, pois dispensou a questão social tratamento nunca antes visto.

¹¹³ Do ponto de vista jurídico, o fim da Primeira República foi materializado pelo Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, que consagrou o exercício discricionário do poder pelos titulares do Governo Provisório então instituído por Getúlio Vargas alguns dias antes (BONAVIDES, 2005, p. 365). Com efeito, o “Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório, não deixava lugar a dúvidas: o poder triunfante pelas armas entrava a exercer discricionariamente em toda a sua plenitude as funções e atribuições não só do Poder Executivo senão também do Poder Legislativo. O artigo primeiro desse ato revolucionário concentrava nas mãos do Governo Provisório a totalidade dessas faculdades, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabelece-se a reorganização constitucional do País (...). Ato institucional de um poder absoluto nascido das armas, o decreto de 11 de novembro de 1930 confirmava a dissolução do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas estaduais, quaisquer que fossem as suas denominações, bem como de todas as Câmaras Municipais, ao mesmo passo que suspendia as garantias constitucionais e excluía de apreciação judicial os decretos e atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade daquele diploma e de exceção. Coroando esse poder ditatorial, o mesmo Decreto impunha a vigência da Constituição Federal e das Constituições Estaduais sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por aquele ato ou por ‘decretos ou atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados na esfera de atribuições de cada um’, conforme rezava o artigo 4º do sobredito diploma da ditadura” (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 283).

4.3 A TERCEIRA ETAPA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.3.1 A era Vargas: entre os avanços da Constituição de 1934 e os retrocessos da Constituição de 1937

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 81), a nova Constituição da República, de 1934, mantivera da anterior os princípios formais fundamentais, quais sejam, a República, a Federação, a divisão de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si, o presidencialismo e o regime representativo. Ainda, o texto promulgado ampliou os poderes da União, enumerou os poderes dos Estados, conferindo-lhes, inclusive, poderes remanescentes, discriminou com mais rigor as rendas tributárias entre os entes federativos, aumentou os poderes do Executivo e rompeu com o bicameralismo rígido, transformando o Senado Federal em órgão de colaboração da Câmara dos Deputados, a quem coube o exercício do Poder Legislativo (SILVA, 2005, p. 81-82).

Além disso, a Constituição de 1934 definiu os direitos políticos e o sistema eleitoral – admitindo, inclusive, o voto feminino – adotou, ao lado da representação política tradicional a representação corporativa de influência fascista e instituiu, ao lado do Ministério Público e do Tribunal de Contas, os Conselhos Técnicos, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais (SILVA, 2005, p. 82). Em relação aos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1934 manteve basicamente o mesmo arcabouço do texto anterior, nada obstante tenha avançado com o instituto do mandado de segurança, concedido “para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, conforme artigo 113, item 33.

Contudo, foi no plano social que ocorreram os maiores avanços da Constituição de 1934 (CUNHA, P., 2007, p. 200). Consoante Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, p. 332-333), além de declarar a inviolabilidade do direito à subsistência, o texto promulgado mitigava o direito de propriedade – que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo –, reiterava o princípio da igualdade e dedicava um capítulo inteiro à ordem econômica e social organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a

possibilitar a todos uma existência digna. Ainda, autorizava o monopólio de determinadas indústrias ou atividades econômicas pela União, fazia das riquezas do subsolo propriedade distinta do solo, condicionava o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, dispunha sobre a nacionalização desses bens e incumbia o legislador de fomentar a economia popular, desenvolver o crédito, nacionalizar progressivamente os bancos, amparar a produção, estabelecer condições de trabalho na cidade e nos campos.

Em relação aos direitos trabalhistas, proibia a diferença de salário para trabalhos idênticos por motivos de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, instituía a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregados e empregadores, estabelecia o salário mínimo, o regime de oito horas de trabalho por dia, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas, a indenização por dispensa sem justa causa, a assistência médica e sanitária aos trabalhadores e às gestantes, a regulamentação do exercício de todas as profissões e o reconhecimento da força normativa das convenções coletivas de trabalho. De outra banda, em relação à família – especialmente protegida pelo Estado –, a Constituição de 1934 estabelecia o amparo à maternidade e à infância, bem como o auxílio àquelas de prole numerosa. Já em relação à educação e à cultura, o texto constitucional então vigente estabelecia um plano nacional de educação e um ensino primário gratuito, bem como previa a criação de um Conselho Nacional de Educação, instituindo percentuais mínimos da renda tributária a serem aplicados na manutenção e desenvolvimento do sistema educacional. Por conta de toda essa preocupação social é que se considera a Constituição de 1934 como a versão sul-americana da Constituição de Weimar (BESTER, 2005, p. 53).

Todavia, apesar de a Constituição de 1934 ser usualmente lembrada pelo seu conteúdo social, a jurisdição constitucional brasileira também passou por importantes modificações após a sua promulgação, razão pela qual não é exagero chamá-la de marco. Conquanto tenha mantido praticamente intacta a redação da Constituição anterior a respeito do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pela Corte Suprema (nova designação do Supremo Tribunal Federal), conforme artigo 76, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”¹¹⁴, o novo texto constitucional introduziu no sistema algumas importantes inovações, adiante analisadas.

¹¹⁴ De acordo com o texto promulgado, compete a Corte Suprema julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: “a) quando a decisão for

A primeira delas foi a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 179 do texto promulgado, segundo a qual os Tribunais apenas poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público mediante o voto favorável da maioria absoluta de seus membros. A exigência dessa cláusula – muito bem assimilada pelas Constituições futuras, que a repetiram praticamente sem alterações – tinha como precedente a orientação firmada pela jurisprudência norte-americana (CLÈVE, 2000, p. 85) e como objetivo evitar “a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimentos nos Tribunais” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 38).

A segunda foi a atribuição ao Senado Federal da competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Interessante notar que o texto de 1934, no artigo artigos 91, inciso IV¹¹⁵, fazia referência à possibilidade de suspensão da execução dos atos normativos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, e não da Corte Suprema, como consta no artigo 52, inciso X, da atual Constituição¹¹⁶. De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 74), a imprecisão da expressão “Poder Judiciário proporcionou dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade”. Entretanto, ao que parece, a dúvida vem solucionada no artigo 96 da Constituição de 1934, segundo o qual competia ao Procurador Geral da República comunicar ao Senado – e também à autoridade legislativa ou executiva responsável pelo ato – a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, e apenas dela, para fins do artigo 91, inciso IV, acima mencionado.

Nada obstante, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 74) sustenta que o “dispositivo era de grande alcance e correspondia à exigência decorrente dos costumes da magistratura brasileira”, arredia a aceitação, na época, das decisões

contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada”.

¹¹⁵ “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; Art 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”.

¹¹⁶ “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”.

proferidas pela alta cúpula do Judiciário. Indo adiante, a autora (FERRARI, 1999, p. 74) prossegue afirmando que a formação individualista do povo brasileiro refletia, naturalmente, na magistratura, tornando-a infensa à regra dos precedentes, de modo que “leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela Corte”.

De qualquer forma, a imprecisão foi corrigida no texto da Constituição de 1946, conforme adiante restará demonstrado. Ainda em relação à competência do Senado para a suspensão da execução das leis, atos, deliberações ou regulamentos do Poder Público após a declaração de inconstitucionalidade – pelo Judiciário como um todo ou apenas pela Corte Suprema, a depender do ponto de vista –, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 85) sustenta que a fórmula dos artigos 91, inciso IV, e 96, da Constituição de 1934, pretendia “dar eficácia erga omnes às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal”.

A assertiva, vale a pena ressaltar, também é trabalhada por Lenio Luiz Streck (2002, p. 345). Com efeito, tendo em vista a suspensão, pelo Senado Federal, da execução do ato normativo declarado inconstitucional pela Corte Suprema, entre as partes envolvidas no litígio o efeito da decisão era *ex tunc*; para o restante da sociedade, contudo, o efeito era *ex nunc* e *erga omnes* (STRECK, 2002, p. 345). A fórmula encontrada, portanto, buscava corrigir a ausência de um mecanismo concentrado de constitucionalidade – situação típica da “índole liberal-individualista do sistema jurídico, que relegava a Constituição a um plano secundário, alçando a legislação infraconstitucional, construída para a regulação das relações privadas” (STRECK, 2002, p. 346) – e evitar, com isso, a aplicação indistinta da lei pela magistratura recalcitrante de dispositivos já declarados inconstitucionais. Repetido por várias das Constituições seguintes, atualmente tem se sustentado que a mutação constitucional alterou o texto repetido na Constituição de 1988. Tal ponto, entretanto, será abordado nos tópicos finais do presente trabalho.

A terceira inovação da Constituição de 1934 – e talvez a mais fecunda e inovadora de todas elas (MARTINS; MENDES, 2005, p. 39) – foi a previsão, no seu artigo 12, parágrafo 2º, da Representação Interventiva, mecanismo confiado ao Procurador-Geral da República, para fazer valer os princípios constitucionais especificados no artigo 7º, inciso I, alíneas “a” a “h”, da Constituição de 1934, quais sejam, a forma republicana representativa, a independência e coordenação de poderes, a temporariedade das funções eletivas, a autonomia dos Municípios, a

garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais, a prestação de contas da Administração, a possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la e a representação das profissões. O artigo 12 da Constituição previa a não-intervenção da União nos Estados, exceto para, dentre outros motivos, assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados acima. Por sua vez, o artigo 41, parágrafo 3º, do texto constitucional em referência outorgava ao Senado Federal a competência exclusiva para a iniciativa das leis sobre a intervenção federal. Contudo, uma vez editada, a intervenção apenas poderia ser concretizada após a manifestação da Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, sobre a sua constitucionalidade. Uma vez reconhecida a constitucionalidade, a intervenção era efetuada; reconhecida, no entanto, a sua inconstitucionalidade, a lei era afastada e a intervenção não se concretizava. Assim, considerando que a Representação Interventiva ensejava a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada lei, é possível encontrar na doutrina autores apontando-a como a origem do controle concentrado de constitucionalidade. É o caso, por exemplo, de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 60), para quem Representação Interventiva “foi a antecessora do controle de constitucionalidade abstrato de normas no Direito brasileiro”, ou de Gisela Maria Bester (2005, p. 403-404), para quem o mecanismo representava “um processo de declaração de inconstitucionalidade diferente daquele próprio da via de exceção, podendo por isso ser considerado o embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil”. Porém, ainda não se tratava a Representação Interventiva de uma técnica específica de controle concentrado, propriamente dito, pois não se pretendia por meio dela a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese, mas sim o resguardo dos princípios mencionados no artigo 7º, inciso I, alíneas “a” a “h” do texto constitucional vigente contra um processo de intervenção ilegítimo¹¹⁷.

Finalmente, uma quarta intervenção foi a competência atribuída ao Senado Federal no artigo 91, inciso II, para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos

¹¹⁷ Segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 89), a “representação interventiva implica uma fiscalização concreta de constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo”

dispositivos ilegais”. Tal dispositivo, contudo, não foi repetido pelas Constituições que sucederam a de 1934 (MARTINS; MENDES, p. 40).

Em síntese, essas foram as inovações incorporadas pela Constituição de 1934. Outras, contudo, acabaram ficando fora do texto constitucional, como é o caso da criação de um Tribunal Constitucional inspirado no modelo austríaco e da ação popular de inconstitucionalidade (BESTER, 2005, p. 404)¹¹⁸. O projeto que pretendia instituí-los, de relatoria do então Deputado Nilo Alvarenga¹¹⁹, não chegou a se aprovado. Apesar das suas inovações, a Constituição de 1934 não resistiu às articulações políticas e as falsificações históricas – como o plano Cohen, por exemplo¹²⁰ – e sucumbiu frente à primeira ditadura do período republicano. Com a intenção de combater a falsa ameaça comunista¹²¹, Getúlio Vargas dissolve o Congresso em 10 de novembro de 1937, com o auxílio do Exército, “faz uma proclamação à Nação e outorga a Carta de 1937. Inicia-se o Estado Novo. Melancolicamente, expira-se a fugaz vigência da Constituição de 1934” (BARROSO, 2006, p. 22).

A Carta de 1937 não passou, segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 85), de uma Constituição semântica, pois pretendia apenas legitimar o golpe perpetrado

¹¹⁸ Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 27-29), afigura-se “relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao Referat de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit). Segundo esse projeto, a Corte Constitucional seria composta por nove membros escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (2), pelo Parlamento Nacional (2), pelo Presidente da República (2) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (3). Deveriam ser eleitos, igualmente, nove suplentes. Este projeto confiava à Corte Constitucional o monopólio da censura das leis federais e estaduais. Assim, deveriam os juízes ou Tribunais, em caso de inconstitucionalidade de uma lei, suspender os processos a eles afetos e submeter a questão à Corte. Essa proposta previa, igualmente, a instituição de uma ação popular de inconstitucionalidade, o que destaca ainda mais a influência de Kelsen”.

¹¹⁹ A íntegra da proposta, bem como a sua justificativa, podem ser encontradas em MENDES, 1999, p. 28-29.

¹²⁰ Segundo Luís Roberto Barroso (2006, p. 22), o Plano Cohen não passava de uma “ficção que narrava detalhes de uma pretensa insurreição comunista. O responsável pela elaboração do plano fora o então Capitão Olímpio Mourão Filho, que mais tarde também teria papel decisivo em outro golpe contra as instituições: o de 1964”. O Plano foi utilizado pelo governo federal com o objetivo de aterrorizar a população e, com isso, justificar o golpe de Estado em vias de ser praticado por Getúlio Vargas.

¹²¹ Tal ameaça, inclusive, veio consignada no preâmbulo da Carta de 1937, em que se lia que atendendo “ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente (...) Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País”.

por Getúlio Vargas¹²². Já Paes de Andrade e Paulo Bonavides (2002, P. 337) preferem não qualificá-la dessa forma, muito embora não neguem que o texto outorgado ficou em grande parte inaplicado¹²³. De qualquer forma, a despeito de classificá-la como nominal ou normativa, é fato que a Constituição do Estado Novo – ou “a polaca”, alcunha que lhe foi emprestada por ter sofrido a influência da respectiva Constituição Polonesa (CUNHA, P., 2007, p. 201) – possuía uma forte tendência ditatorial, sobretudo por ter sido a primeira elaborada sem qualquer forma de participação popular¹²⁴ prévia ou posterior. Frise-se que o plebiscito para confirmá-la, conforme dispunha o artigo 187¹²⁵ jamais foi realizado, fato este que levou autores como Lenio Luiz Streck (2002, p. 349) a afirmarem que, formalmente, o texto outorgado jamais entrou em vigor¹²⁶.

De qualquer forma, a Constituição de 1937 tinha como principais preocupações o fortalecimento do Poder Executivo (inclusive atribuindo-lhe um papel fundamental no processo legislativo por meio da iniciativa para determinadas matérias e da competência para editar decretos-leis), a redução do papel legislativo do Parlamento Nacional, a eliminação das causas determinantes de lutas e dissídios por meio da reformulação do processo representativo, a atribuição ao Estado da função de orientação e coordenação da economia nacional (muito embora ressaltando o papel da iniciativa individual), o reconhecimento dos direitos de

¹²² “No caso de o texto constitucional servir apenas de discurso legitimador, cortina de fumo de uma realidade despótica, por natureza contrária à idéia de Constituição, ele será classificado como Constituição Semântica, ou ‘meramente instrumental’” (CUNHA, 2007, p. 49).

¹²³ “Uma distinção clássica do direito constitucional classifica as Constituições ditas ‘nominais’ ou ‘semânticas’, textos meramente formais daquelas ditas ‘normativas’ em que se estabelece uma identidade entre as aspirações dos integrantes da nacionalidade e as leis expressas no texto, momento em que uma lei pode ser considerada legítima. É certo que os critérios e princípios que constituem essa legitimidade variam temporal e espacialmente, mas ainda assim permanece a idéia de que uma Constituição que seja apenas legal e não legítima não preenche os requisitos requeridos pelo próprio conceito de Constituição. Se não podemos dizer de maneira categórica que o texto de 1937 é uma Constituição ‘nominal’, nem por isso estamos impedidos de constatar que ela ficou em grande parte inaplicada” (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 337).

¹²⁴ “Pode-se afirmar que até então as Constituições haviam ido resultantes de debates e decisões constituintes. Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembléia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937, foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte” (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 345).

¹²⁵ “Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”.

¹²⁶ “Formalmente é possível dizer, com Loewenstein, que sequer a Carta Polaca entrou em vigor, pois, consoante o art. 187, o texto constitucional ‘entrará em vigor nesta data e será submetido ao plebiscito nacional regulado em decreto do Presidente da República’. O art. 186, entretanto, estabelecia o estado de emergência em todo o País, sendo que durante esse estado emergencial a Constituição ficava suspensa, nos termos dos arts. 168 e 170” (STRECK, 2002, p. 349).

liberdade, de segurança e de propriedade, com a ressalva de que somente poderiam ser exercidos nos limites do bem público, a nacionalização de certas atividades e fontes de riqueza, a proteção ao trabalho nacional e a defesa dos interesses nacionais em face da influência estrangeira (SILVA, 2005, p. 83).

Mais especificamente, o autoritarismo da Carta de 1937 gravitava em torno dos seus artigos 74 e 75, os quais permitiam ao Presidente da República expedir os temidos decretos-leis, decretar a mobilização das forças armadas, decretar o estado de emergência e o estado de guerra, indicar um dos candidatos à Presidência da República, dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do artigo 167¹²⁷. Não bastasse, o texto promulgado desconstitucionalizou o mandado de segurança, relegando-o para o plano infraconstitucional. Entretanto, o cúmulo da pretensão ditatorial da Carta de 1937 residia nos artigos 170 e 171, os quais respectivamente dispunham que “durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais” e que na “vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República”.

Todavia, não foi apenas no campo das liberdades individuais que a Carta de 1937 retrocedeu. Também em matéria de jurisdição constitucional houve uma considerável involução (MARTINS; MENDES, 2005, p. 41)¹²⁸. Nesse sentido, além de ter mantido o sistema inaugurado em 1891, o texto outorgado suprimiu as novidades introduzidas pela Constituição subsequente, mantendo apenas a cláusula de reserva de plenário. É dizer, o texto de 1937 “não cuidou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” (CLÈVE, 2000, p. 86). Mas o pior golpe contra a jurisdição constitucional foi desferido por meio do artigo 96, parágrafo único, “que possibilitava ao Poder Legislativo reconfirmar, a pedido do Presidente da República, uma norma antes declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário” (BESTER, 2005, p. 404). Com efeito, estipulava o referido dispositivo que no caso de declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei, acaso fosse

¹²⁷ “Art 167. Cessados os motivos que determinaram a declaração do estado de emergência ou do estado de guerra, comunicará o Presidente da República à Câmara dos Deputados as medidas tomadas durante o período de vigência de um ou de outro. Parágrafo único - A Câmara dos Deputados, se não aprovar as medidas, promoverá a responsabilidade do Presidente da República, ficando a este salvo o direito de apelar da deliberação da Câmara para o pronunciamento do País, mediante a dissolução da mesma e a realização de novas eleições”.

¹²⁸ Segundo Paulo Bonavides (2005, p. 328), com a “Carta de 1937 houve um eclipse do nosso sistema de controle de constitucionalidade”.

necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou a defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento. Se este entendesse, por voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas – a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal –, que a lei não padecia de vício de inconstitucionalidade, ficaria sem efeito a decisão judicial que a reputou inconstitucional¹²⁹. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 30), num primeiro momento esse restabelecimento da constitucionalidade da lei contrária à Constituição era feito por Resolução do Parlamento Nacional, sendo que o expediente contava com dupla função: “confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada”.

Num segundo momento, contudo, o desrespeito à jurisdição constitucional era feito de forma ainda mais grave e afrontosa, visto que o então Presidente da República, Getúlio Vargas, “restituía a constitucionalidade da norma por conta própria, sem a colaboração do Legislativo. Fazia isso por meio de uns decretos-leis especiais, que a Constituição lhe autorizava editar pelos artigos 13 e 180” (BESTER, 2005, p. 405), “nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados”, desde que assim exigissem “as necessidades do Estado”, tudo em conformidade com os artigos 13¹³⁰ e 180¹³¹ do texto constitucional.

Um desses Decretos-leis foi o de n. 1.564, de 5 de setembro de 1939, editado após uma decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da cobrança do imposto de renda sobre os salários recebidos pelos servidores estaduais e municipais. A isenção dos vencimentos dos funcionários públicos tinha respaldo numa interpretação do artigo 10 da Constituição de 1891, segundo o qual era expressamente proibido “aos Estados tributar bens e

¹²⁹ Assim estabelecia o artigo mencionado: “Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República; Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

¹³⁰ “Art 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva”.

¹³¹ “Art 180. Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente”. Por sua vez, o artigo 8º do Decreto n. 17.723, de 20 de fevereiro de 1931, sujeitou expressamente ao tributo os vencimentos do funcionalismo público estadual e municipal. A discussão arrastou-se por anos até chegar ao Supremo Tribunal Federal. Lá chegando, já na vigência do Estado Novo, a inconstitucionalidade da cobrança foi reconhecida. Não demorou e o Presidente da República editou o mencionado Decreto-lei n. 1.564/1939 tornando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tivessem declarado inconstitucional a cobrança, sob o argumento de não atendimento do interesse nacional e da violação ao princípio da divisão eqüitativa do ônus do imposto¹³². Apesar de tudo, conforme Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 41-42), o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa, sendo que autores como Cândido Mota Filho, Francisco Campos, Alfredo Buzaid e Genésio de Almeida Moura saudaram a inovação.

Contudo, o totalitarismo do Estado Novo não resistiu à contradição política causada pela entrada do País na Segunda Guerra Mundial. Enquanto o Brasil enviava a sua Força Expedicionária para o teatro de Operações da Itália, em nome da restauração universal dos princípios de liberdade e democracia da Carta do Atlântico, no plano interno o País vivia debaixo de um sistema de poder que era justamente a negação desses valores (ANDRADE; BONAVIDES, 2005, p. 355). “Sem Constituição – a Carta de 1937 nem ao menos fora aplicada! – sem partidos políticos, sem imprensa livre, o País se achava tão fechado em suas fronteiras

¹³² Eis a íntegra do Decreto: “Decreto-lei nº 1.564 de 5 de setembro de 1939. Confirma os textos da lei, decretados pela União que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo; Considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; Considerando que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão eqüitativa do ônus do imposto, decreta: Artigo único. São confirmados os textos da lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos”.

“Art. 180. Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

“Art. 96 parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal.”

quanto aqueles cujas ditaduras ele fora combater além-mar” (ANDRADE; BONAVIDES, 2005, p. 355).

Deflagrou-se, nesse contexto, o processo de redemocratização, impellido, principalmente, pelo Manifesto dos Mineiros, carta aberta publicada em 24 de outubro de 1943, no aniversário da vitória da Revolução de 1930, por importantes nomes da intelectualidade liberal – principalmente advogados e juristas – do Estado de Minas Gerais em defesa da retomada da democracia e do fim do Estado Novo, e pela entrevista de José Américo de Almeida no Correio da Manhã, dentre outras ações democráticas¹³³. O Governo sinalizou uma pretensa abertura, por meio da Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945¹³⁴, mas logo em seguida voltou atrás e editou o Decreto n. 8.063, de 10 de outubro do mesmo ano, diploma recebido pela população como prejudicial à regularidade do processo eleitoral para as eleições ao Parlamento e à Presidência da República (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 357). As correntes liberais e democráticas receberam o decreto como uma provocação e, no dia 29 de outubro de 1945, tomaram o poder, com o auxílio das forças armadas. Após, entregaram-no ao então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares, que governou o país – numa ditadura togada, como atacavam os adeptos do governo deposto (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 357) – por aproximadamente três meses, até o dia 31 de janeiro de 1946, quando a presidência foi entregue a Eurico Gaspar Dutra, vencedor da eleição realizada no dia 2 de dezembro de 1945.

Uma vez redemocratizado, o País lançou-se no projeto de elaboração da quarta Constituição brasileira que acabou sendo promulgada no dia 18 de setembro de 1946.

¹³³ “Nesse tempo, o Brasil participou, com os Aliados, de movimentos que repeliam as correntes nazi-fascistas, exurgindo o Manifesto dos Mineiros, a entrevista de José Américo de Almeida, dentre outras ações democráticas” (BULOS, 2008, p. 377). No mesmo sentido, ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 355.

¹³⁴ “Às vésperas do término da Segunda Grande Guerra Mundial, após o colapso da censura à imprensa, o Governo baixou a Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, introduzindo modificações na Carta de 1937 e preparando o terreno para a abertura liberal do sistema autocrático vigente no País. A exposição dos motivos que persuadiram o poder estabelecido a reconciliar-se com a vontade nacional aludida à criação de condições necessárias a que entrasse ‘em funcionamento o sistema dos órgãos representativos previstos na Constituição’. Denotava já essa consideração, à primeira vista, o propósito de manter o sistema, embora alterado e acomodado a uma mais elevada quota participativa da cidadania na obra do governo” (ANDRADE; BONAVIDES, p. 355).

4.3.2 A Constituição de 1946 e a nova Representação Interventiva instituída pela Emenda Constitucional n. 16/1965

Consoante Lenio Luiz Streck (2002, p. 350), “a Constituição de 1946 era tão semelhante com a de 1934, que se podia ter a impressão de um decalque”¹³⁵. Aliás, José Afonso da Silva (2005, p. 85) critica-a por ter voltado às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conforme a história real. Segundo afirma, este foi o maior erro daquela Constituição, “que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal” (SILVA, 2005, p. 85). De qualquer forma, dentre as suas mudanças mais significativas, convém mencionar a reconciliação com o princípio federativo, haja vista a outorga de maior autonomia para os Estados e Municípios, a impossibilidade de limitação às liberdades e garantias individuais por meio de qualquer expediente autoritário, a reconfiguração do Congresso Nacional em Câmara dos Deputados e Senado Federal, a organização partidária livre (ressalvada a proibição de registro ou funcionamento de qualquer partido político cujo programa ou ação contrariasse o regime democrático) e, principalmente, a recuperação da idéia de tripartição e equípolência dos três Poderes, dispensando, nesse particular, especial atenção ao Legislativo e ao Judiciário (ANDRADE; BONAVIDES, 2002, p. 357). Aliás, convém mencionar que foi através dela que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ingressou na ordem constitucional, conforme artigo 141, parágrafo 4º, segundo o qual a “lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Finalmente, a garantia do mandado de segurança foi novamente inserida na Constituição, mais precisamente em seu artigo 141, parágrafo 24.

Em relação à jurisdição constitucional, a Constituição de 1946 manteve com pequenas alterações o arranjo inaugurado com a Constituição de 1891 e aperfeiçoado pela de 1934 (CLÈVE, 2000, p. 87). As técnicas difusas de controle de constitucionalidade foram mantidas, conforme artigo 101, inciso III, alíneas “a”, “b”,

¹³⁵ “A nova constituição retoma a linha republicana anterior, designadamente da democracia social da Constituição de 1934. Voltaram, com seus verdadeiros nomes, as instituições clássicas, desde logo o Senado Federal. Voltaram institutos jurídicos de liberdade, como o mandado de segurança, a acção popular, e o rigoroso controle da constitucionalidade das normas. Os partidos políticos ganharam lugar na própria Constituição, como forma de evitar quaisquer tentações totalitárias atentatórias do pluralismo político. Voltou a proibição de penas cruéis e degradantes: como a pena de morte, o banimento e até o confisco. E, na senda da consagração de direitos sociais, foi introduzido o direito a greve na Constituição” (CUNHA, P., 2007, p. 202-203).

“c” e “d”, do texto promulgado. Da mesma forma, manteve-se no seu artigo 200 a cláusula de reserva de plenário e no artigo 64 a competência do Senado Federal para suspender a execução de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse particular, o texto constitucional de 1946 superou as incertezas que pairavam sobre a expressão “Poder Judiciário” prevista no artigo 91, inciso IV, da Constituição de 1934.

Dito de outra forma, o texto constitucional promulgado deixou claro que o Senado suspendia a execução de “leis e decretos declarados inconstitucionais por decisão definitiva não de qualquer juízo ou Tribunal, mas unicamente do Supremo Tribunal Federal” (CLÈVE, 2000, p. 87). Ainda, o texto constitucional então promulgado devolveu ao Judiciário a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade, não repetindo a odiosa previsão do artigo 96, parágrafo único, da Constituição anterior, que possibilitava ao Chefe do Executivo sustar a decisão de inconstitucionalidade no – suposto – interesse do bem-estar do povo ou para a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Finalmente, a Representação Interventiva foi novamente disciplinada no texto constitucional, muito embora com algumas pequenas alterações em sua configuração, se comparada com aquela prevista no texto constitucional de 1934. Com efeito, ao contrário do que ocorria nesta, na Constituição de 1946 a Representação Interventiva era manejada não mais de ofício pelo Procurador-Geral da República, ou a pedido do Presidente da República, mas sim mediante a provocação de terceiro que, então, era enviada pelo Procurador-Geral da República com parecer favorável ou contrário à declaração de inconstitucionalidade para exame do Supremo Tribunal Federal. Frise-se, contudo, que a ausência de regras processuais dispendo sobre o seu processamento permitiu que as regras para o processamento da Representação Interventiva fossem desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal – principalmente a partir do julgamento das Representações ns. 93, 94 e 95, primeiras a serem apresentadas – e, somente após vários anos, consolidadas pela legislação (MARTINS; MENDES, 2005, p. 44-45), no caso, pelas Leis ns. 2.271, de 26 de julho de 1954 e 4.337, de 1º de junho de 1964.

Todavia, em matéria de jurisdição constitucional, o maior avanço desse período ocorreu com a Emenda Constitucional n. 16/1965, que instituiu no Brasil novidades de duas ordens. A primeira delas foi a fiscalização abstrata da constitucionalidade de leis ou atos normativos (CLÈVE, 2000, p. 88). Referida

Emenda alterou o artigo 101, item I, alínea “k”, do texto promulgado e acrescentou às competências do Supremo Tribunal Federal a “de processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Cuidou o legislador constituinte derivado, portanto, de trazer para o ordenamento jurídico aquilo que a doutrina convencionou chamar de Representação Genérica de Inconstitucionalidade (CLÈVE, 2000, p. 88)¹³⁶. É importante frisar, contudo, que esta não se confunde com a Representação Interventiva. Ambas passaram a conviver harmoniosamente na Constituição de 1946, mesmo porque continham objetos bastante diferentes. A Representação Interventiva, como visto, destinava-se à resguardar os princípios mencionados no artigo 7º, inciso I, alíneas “a” a “h” do texto constitucional vigente contra um processo de intervenção ilegítimo, ao passo que a Representação Direta de Inconstitucionalidade permitia a fiscalização abstrata da constitucionalidade de qualquer dispositivo da Constituição¹³⁷.

Ainda, segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 88), não deixa de ser curioso o fato de a Representação Genérica de Inconstitucionalidade ter sido instituída no País justamente pelo regime militar, pois tal mecanismo, “contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, pode prestar-se, se bem manejado, admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais”. Talvez despertando para tal possibilidade é que o regime militar cuidou de ampliar, por meio do Ato Institucional n. 2, no mesmo ano de 1965, o número de Ministros de Supremo Tribunal Federal de 11 para 16, para garantir uma maioria de votos favoráveis a si próprio com essas novas nomeações (BESTER, 2005, p. 405-406). Não bastasse, já na Constituição seguinte as garantias dos magistrados, quais sejam, a inamovibilidade, a vitaliciedade e estabilidade, foram arbitrariamente suspensas pelo regime recém-ascendido ao poder. Somando-se esses dois fatos à circunstância da

¹³⁶ CLÈVE, 2000, p. 88; BESTER, 2005, p. 406.

¹³⁷ De acordo com Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 88-89), a “representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma coletividade política estadual. Por isso, apenas a violação dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. Com a representação genérica, ao contrário, manifesta-se modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República”.

Representação Direta de Inconstitucionalidade possuir como único legitimado o Procurador-Geral da República, cargo demissível *ad nutum* pelo Presidente da República, é possível identificar no modelo abstrato de constitucionalidade instituído pela Emenda Constitucional n. 16/1965 uma ideologia contrária ao funcionamento da Representação Direta de Inconstitucionalidade, “ou pelo menos não em favor da defesa dos direitos fundamentais, ainda que se tratasse de leis em tese” (BESTER, 2005, p. 406).

Finalmente, a segunda novidade empreendida pela Emenda Constitucional n. 16/1965 foi a instituição do controle de constitucionalidade abstrato estadual, técnica incorporada ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro com o acréscimo ao texto constitucional do artigo 124, inciso XIII, segundo o qual a lei podia “estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição de Estado”. Para Gisela Maria Bester (2005, p. 406), embora expressamente prevista, a opinião dos autores é que esse controle sequer chegou a se efetivar.

4.3.3 Os anos de chumbo: as Constituições de 1967 e 1969

Passados alguns anos da promulgação da Constituição de 1946, contudo, país mergulhou numa instabilidade política que, anos mais tarde, redundou no golpe militar de 31 de março de 1964, responsável por retomar explicitamente o autoritarismo – muito embora sem a demofilia de Vargas (CUNHA, P., 2007, p. 204). É difícil apontar com precisão quando esse movimento se inicia. Entretanto, o assassinato do Major Rubens Vaz, em 4 de agosto de 1954, foi decisivo para a sua deflagração, pois a investigação promovida pelos oficiais da Aeronáutica apontava o chefe da guarda pessoal do então Presidente Getúlio Vargas como o autor do crime. A pressão da opinião pública e, principalmente, dos militares leva Getúlio ao suicídio e, tendo em vista a comoção causada pelo ato, o golpe é adiado por dez anos (BARROSO, 2006, p. 29), até o acontecimento de uma série de eventos ligados à sucessão presidencial de Jango Goulart após a renúncia de Jânio Quadros.

Acusado de comunismo – novamente o comunismo – pelos militares, Jânio é deposto e os seus acusadores ascendem ao poder. Investidos no poder, os militares

“mantiveram a Carta em vigor, mas criaram uma normatividade paralela, supraconstitucional” (BARROSO, 2006, p. 33)¹³⁸ que dura até a outorga, no dia 24 de janeiro, da Constituição de 1967. Agravando-a ainda mais, nos dois anos que a sucederam foi assinado o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, reforçando o estado de exceção¹³⁹, e outorgada a Emenda Constitucional n. 1/1969, verdadeira Constituição pelo tamanho e profundidade das alterações promovidas na anterior. De fato, a doutrina majoritária reconhece que, materialmente, a Emenda Constitucional n. 1/1969, representou nova Constituição¹⁴⁰. Porém,, sob o argumento de inexistência de poder constituinte legítimo, há doutrina afirmando que, em verdade, a medida apenas alterou – embora de forma drástica – o texto de 1967. É o caso, por exemplo de Uadi Lammêgo Bullos (2008, p. 379), para quem a profundidade das alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 1/1969 não foi suficiente para torná-la uma nova Constituição¹⁴¹. De qualquer forma, independente da adoção desta ou daquela corrente, ambas serão tratadas de forma

¹³⁸ Nesse sentido, promulgam os militares o Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, inaugurando uma nova ordem com as seguintes medidas: “eleição indireta do Presidente; suspensão das garantias de vitaliciedade e estabilidade; possibilidade de demissão, dispensa ou aposentadoria de servidores públicos federais, estaduais e municipais; possibilidade de cassação de direitos políticos e de mandatos legislativos, dentre outras medidas de caráter discricionário” (BARROSO, 2006, p. 33).

¹³⁹ Além de autorizar o Chefe do Executivo a decretar o recesso do Congresso, o Ato Institucional n. 5 autorizava as seguintes medidas: “competência para legislar quando do recesso dos órgãos legislativos de qualquer dos três níveis de governo; possibilidade de intervenção federal nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição; poder do Presidente da República de suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos de todos os níveis; suspensão das garantias da magistratura; possibilidade de confisco de bens; suspensão do habeas corpus nos casos de crimes políticos e outros; exclusão da apreciação judicial dos atos praticados com base no Ato Institucional que se editava, bem como de seus Atos Complementares” (BARROSO, 2006, p. 37).

¹⁴⁰ A respeito, segundo José Afonso da Silva (1995, p. 87), teórica “e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição”. Ainda, Luis Roberto Barroso (2006, p. 38), para quem a Emenda n. 1/69, do ponto de vista material, “era uma nova Constituição”.

¹⁴¹ De fato, segundo afirma Uadi Lammêgo Bullos (2008, p. 379), a “descomensurada Emenda Constitucional n. 1/69, que abarcou o Texto de 1967 quase por inteiro, não foi suficiente para dar ao Brasil a sua ‘sétima Constituição’. Inexistiu o exercício legítimo do poder constituinte originário, mas, tão-só, o uso anômalo da competência reformadora, que se revestiu na roupagem de uma emenda constitucional hiperampliativa. Sem dúvida, a figura das emendas constitucionais dissociou-se do seu verdadeiro sentido: empreender mudanças localizadas e em pontos específicos do articulado constitucional, jamais atingindo toda e qualquer matéria”. A opinião do autor é perfeitamente sustentável – embora com ela não se concordemos –, sobretudo porque o preâmbulo do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, estabelecia que a “revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular”.

conjunta, sobretudo porque a Constituição de 1969 não alterou o sistema instituído pela sua antecessora, em matéria de jurisdição constitucional (CLÈVE, 2000, p. 89).

Apenas para constar, além de ter reduzido a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e de garantias constitucionais, a Constituição de 1967 preocupou-se fundamentalmente com a questão da segurança nacional, deu mais poderes à União e ao Presidente da República, reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas (ampliando, com isso, o federalismo cooperativo, que consiste na participação de uma entidade na receita da outra), atualizou o sistema orçamentário, instituiu normas de política fiscal, reduziu a autonomia individual (SILVA, 2005, p. 87). Já a de 1969 aumentou para cinco anos o mandato presidencial, estabeleceu eleições indiretas para os governos estaduais e eliminou as imunidades parlamentares materiais e processuais, além de reprimir ainda mais os direitos e garantias individuais (BULLOS, 2008, p. 380).

No que diz respeito à jurisdição constitucional, a Constituição de 1967 manteve praticamente sem alterações o sistema inaugurado em 1961 e aperfeiçoado pelas subseqüentes. Mesmo os mecanismos introduzidos pela Emenda Constitucional n. 16/1965 – com uma potencial tendência à democracia, como visto – foram mantidos. Para não dizer que tudo continuou como antes, a Representação de Inconstitucionalidade Genérica Estadual, prevista no artigo 124, inciso XIII, da Constituição anterior – dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional n. 16/1965 – foi suprimida e competência para a suspensão do ato estadual foi, nos termos do artigo 11, parágrafo 2º, transferida do Legislativo para o Presidente da República (CLÈVE, 2000, p. 89)¹⁴². Por sua vez, a Constituição de 1969 admitiu de modo expresse, pela primeira vez, a instituição pelos Estados membros “de representação interventiva para, nos moldes do modelo federal, provocar a fiscalização da constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios sensíveis elencados na Constituição Estadual” (CLÈVE, 2000, p. 89), conforme artigo 15, parágrafo 3º, alínea “d”, da Constituição. Foram, portanto, alterações pontuais, que nem de longe influenciaram de forma significativa o sistema de jurisdição constitucional brasileiro.

¹⁴² No mesmo sentido, FERRARI, 1999, p. 78-79 e MARTINS; MENDES, 2005, P. 58.

Entretanto, foi a Emenda Constitucional n. 7/1977, a responsável por trazer algumas novidades. Além da ação avocatória¹⁴³, o texto em referência “atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo” (CLÈVE, 2000, p. 89-90). Essa conclusão é tomada a partir da conjugação dos artigos 119, inciso I, alínea I, do texto de 1969 – acrescentado por meio da Emenda mencionada – e 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o primeiro dispositivo trazia a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade, ou para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Por sua vez, o segundo artigo estabelecia que a “partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”¹⁴⁴. Para Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 138), “é a força vinculante das decisões proferidas em sede de representação interpretativa o instituto que mais se aproxima do efeito vinculante”. Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, portanto, o efeito vinculante foi mencionado.

A partir de então, o instituto passou a afirmar-se gradativamente, sendo que alguns anos mais tarde ele entraria para o texto da nova Constituição por meio da promulgação da Emenda Constitucional n. 3/1993, responsável pela criação da ação declaratória de constitucionalidade, adiante analisada.

¹⁴³ Apesar de não dizer respeito ao núcleo do presente trabalho, é interessante mencionar que a Emenda Constitucional em referência instituiu a ação avocatória no ordenamento jurídico, “significando uma ampliação de poderes do STF e um esmagamento da autonomia dos juízes de instâncias inferiores. Deu-se como premiação pelo fato de, após tantas aposentadorias compulsórias, os ministros do STF não mais terem oferecido resistência ao governo militar. Alguns dos ministros do STF foram chamados a colaborar com a reforma judiciária implantada em 1977, resultando desta forma a referida Emenda n. 7, com a avocatória, significando a competência do STF para julgar as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja ‘avocação’ deferisse, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorresse imediato perigo e lesão ‘à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas’, para que se suspendessem os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe fosse devolvido (cfr. Art. 119, o, da CF/1969)” (BESTER, 2005, p. 407).

¹⁴⁴ “A disciplina regimental do instrumento (art. 187 do RISTF) atribuiu às suas decisões e, principalmente, às interpretações nelas fixadas força vinculante para todos os efeitos. A vinculação decorrente da representação interpretativa obrigava erga omnes especialmente os demais juízes e tribunais. Suas decisões assemelhavam-se, dessa forma, às leis interpretativas. Eventual divergência interpretativa deflagrada por outro órgão judicial após a decisão interpretativa do Supremo Tribunal Federal incorria em violação a literal disposição de lei, para efeito de ação rescisória (art. 485, V, do CPC), e negativa de vigência de lei, hipótese suficiente para interposição, à época, de recurso extraordinário (art. 119, III, a, da Emenda Constitucional n. 1/69)” (LEAL, 2006, p. 136-137).

4.4 O EFEITO VINCULANTE NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.4.1 Sistema brasileiro contemporâneo de jurisdição constitucional

Em relação à jurisdição constitucional, a Constituição de 1988 manteve o sistema misto¹⁴⁵ – também chamado de eclético ou híbrido –, combinando o controle difuso, herdado da Constituição de 1891, com o controle concentrado, implantado no país pela Emenda Constitucional n. 16/1965 (BARROSO, 2008, p. 64). Se não o mais perfeito ou ideal sistema de jurisdição constitucional existente, é possível reconhecê-lo como amplo e complexo o suficiente para superar as dificuldades decorrentes do manejo isolado dos sistemas difuso e concentrado, tais como a possibilidade de decisões conflitantes e a reserva da legitimidade ativa, respectivamente, tudo para conferir a maior normatividade possível a texto constitucional¹⁴⁶. De qualquer forma, o sistema inaugurado pela Constituição de 1988 trouxe importantes inovações em matéria de jurisdição constitucional, quais sejam, (i) a ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme artigo 103, retirando o monopólio das mãos do Procurador-Geral da República¹⁴⁷, (ii) a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção previstos no artigos 103, parágrafos 2º e 5º, incisos LXXI, (iii) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade estadual, referida como representação de inconstitucionalidade no artigo 125, parágrafo 2º, (iv) a previsão da arguição de descumprimento de

¹⁴⁵ Não se trata, contudo, do sistema misto na designação empregada por José Afonso da Silva (2005, p. 49), isto é, de um sistema formado pelo controle político para determinadas normas e jurídico para outras.

¹⁴⁶ Atualmente, se não se tem um perfeito e ideal sistema de controle de constitucionalidade, pode-se considerá-lo bastante amplo e complexo. Não se almeja, porém, que esse sistema se torne completo, no sentido de conter minuciosamente todas as melhores formas e instrumentos de garantia e de realização da supremacia constitucional. Porque se houvesse relação direta e estreita entre esta e o número de meios de fiscalização da constitucionalidade, o Brasil, de longe, seria o país onde a Constituição teria maior força normativa. Ao contrário, espera-se que o já existente sistema seja capaz de propiciar uma Constituição suprema e vinculante, porque de nada adiantará um sistema completo e minucioso, se não houver vontade constitucional para garantir, implementar e concretizar todos os preceitos da Constituição de 1988 (FISCHER, 2004, p. 78).

¹⁴⁷ Como lembra Paulo Bonavides (2005, p. 332), no “direito anterior à Constituição vigente, ou seja, pelas Cartas de 1946 e 1967, só havia um canal para a proposta de tal ação [da ação direta de inconstitucionalidade], conforme se viu: o Procurador-Geral da República. Concentrava-se ele nesse tocante todo o poder de iniciativa. Com a Constituição de 1988 isso porém já não acontece [...]”.

preceito fundamental no artigo 102, parágrafo 1 e (v) limitação do Recurso Extraordinário para as questões constitucionais, apenas, conforme artigo 102, inciso III (BARROSO, 2008, p. 65). Esse quadro, contudo, foi alterado no decorrer dos anos, sendo que os principais responsáveis para tanto foram as Emendas Constitucionais 3/1993 e 45/2004, analisadas adiante.

Nesse sistema chamado misto, convivem (i) a possibilidade de qualquer juiz poder manifestar-se sobre a constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo do Poder Público federal, estadual ou municipal, afastando a sua incidência, se for o caso, num determinado caso concreto para as partes envolvidas no litígio formalmente instaurado, (ii) com a possibilidade de manejo da ação direta de inconstitucionalidade genérica, prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com fulcro no artigo 103, parágrafo 2, da ação declaratória de constitucionalidade, também disposta no artigo 1º, inciso I, alínea “a”, da ação direta interventiva do artigo 36, inciso III e da argüição de descumprimento de preceito fundamental referida no artigo 102, parágrafo 1º, técnicas próprias da via concentrada de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008, p. 67). Ainda, considerando que a expressão jurisdição constitucional é suficiente ampla – conforme mencionado no início do trabalho – para englobar outras possibilidades não limitadas às técnicas difusas ou às técnicas concentradas, é importante também lembrar a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade (ou nulidade) sem redução de texto – técnicas chamadas pela doutrina de “sentenças interpretativas” (MEYER, 2008, p. 40) – previstas no artigo 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/1999.

Finalmente, o País também contempla outras possibilidades de controle de constitucionalidade exercidas pelos demais Poderes. Luis Roberto Barroso (2008, p. 67-80) divide-as em (i) controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo, no qual se incluem o poder de veto, a possibilidade de descumprimento da lei inconstitucional e a possibilidade de propositura da ação direta, e (ii) controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo, formado pelo pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça, pela rejeição do veto do Chefe do Executivo, pela sustação de ato normativo do Poder Executivo, pelo juízo prévio acerca das medidas provisórias, pela aprovação de Emenda Constitucional superadora da interpretação fixada pelo STF, pela possibilidade de propositura de ação direta por órgãos do Legislativo e pela possibilidade de revogação da lei inconstitucional, mas

não da declaração de inconstitucionalidade por ato legislativo. (o que quer significar que apenas o Judiciário anula as leis após a apreciação da sua conformidade com o texto constitucional, ao passo que ao Legislativo apenas cabe revogar a lei por ato de conveniência e oportunidade).

4.4.2 A Emenda Constitucional n. 3/1993 e a constitucionalização do efeito vinculante

De todas as inovações em matéria de jurisdição constitucional mencionadas ao longo do presente trabalho, é possível afirmar que a Emenda Constitucional n. 3/1993 foi, seguramente, uma das mais importantes. Isso porque foi ela a responsável pela constitucionalização do efeito vinculante no direito brasileiro, antes previsto apenas no artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. De fato, dentre as inúmeras alterações realizadas, a Emenda em referência alterou o inciso I do artigo 102 do texto constitucional para fins de nele incluir a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, ao lado da preexistente ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade. Paralelamente, a Emenda n. 3/1993 acrescentou ao artigo 102 da Constituição um segundo parágrafo estipulando que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal teriam eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo¹⁴⁸. Pela primeira vez, portanto, o efeito vinculante foi mencionado num texto constitucional brasileiro.

¹⁴⁸ Antes da Emenda Constitucional n. 3/1993, assim dispunha o artigo 102, inciso I, alínea "a" da Constituição: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual". Ainda, não havia um parágrafo 2º no artigo em referência. Após a Emenda Constitucional n. 3/1993 o artigo 102, inciso I, alínea "a" do texto constitucional passou a vigorar com a seguinte redação: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal". Além disso, foi acrescentado ao dispositivo mencionado um segundo parágrafo dispondo que "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo".

Contudo, ao mesmo tempo em que promoveu um significativo avanço, as disposições da Emenda Constitucional n. 3/1993 criaram um disparate na Constituição de 1988, pois se de um lado as decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade foram dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante, as decisões tomadas no campo das ações diretas de inconstitucionalidade – que, ressalte-se, já preexistiam à mencionada Emenda – apenas possuíam eficácia contra todos. Tal incongruência foi apontada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF¹⁴⁹: A doutrina também não ficou silente diante de tal incongruência, pois fazendo coro com o posicionamento encampado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 553-554) afirmaram que, uma vez aceita a idéia segundo a qual ação declaratória de constitucionalidade configura uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente¹⁵⁰, não há como admitir que a decisão proferida nesta via seria dotada de efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Mais adiante, concluem os autores (MARTINS; MENDES, 2005, p. 554) que sempre pareceu correta a posição de Sepúlveda Pertence, de modo que “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade”.

¹⁴⁹ Nesse sentido se pronunciou o então Ministro: “Já em diversas oportunidades, Sr. Presidente, desde a primeira discussão na ADC 01, tenho enfatizado que por serem ambas as ações tipicamente dúplices, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm, na verdade, um objeto comum. E este caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade é uma peculiaridade nossa e de poucos sistemas de controle de constitucionalidade, salvo engano o brasileiro, o alemão e só um outro mais (ver meu voto na AOr 166). Dela tanto pode resultar, se julgada procedente, a declaração de inconstitucionalidade, quanto, se julgada improcedente, a declaração de constitucionalidade. E aqui, creio que estamos sozinhos no mundo, com a criação da ação declaratória de constitucionalidade. Nela, também se tem – aí por disposição expressa da Constituição, seja qual for o sentido da decisão que nela se tome: procedente, declarando-se constitucional a lei; improcedente, declarando-se inconstitucional a lei –, que essa sentença, seja qual for o seu sentido tem eficácia erga omnes e força vinculante. Por isso mesmo – o que não está em causa – porque são ações rigorosamente dúplices, com o objeto rigorosamente idêntico e potencialmente rigorosamente comuns, é que entendo que seria ‘kafkiano’ limitar o poder vinculante a uma e negá-la a outra. Então teríamos nós, que temos tão poucos processos para decidir – e que estamos, por isso, à beira da falência, para não declará-la de logo –, que julgar duas vezes a mesma questão: declarada constitucional a lei, porque improcedente a ADIn – decisão teria eficácia erga omnes, mas seria um ‘sino sem badalo’, sem força vinculante – e, no dia seguinte, o interessado teria que vir com uma ação declaratória de constitucionalidade para que acrescentássemos, nesta mesma Sala, repetindo os mesmos votos, um outro efeito à sentença já proferida”.

¹⁵⁰ Dessa ambivalência, entretanto, discorda Lenio Luis Streck (2002, p. 601).

Corrigindo essa distorção, no dia 10 de novembro de 1998, foi editada a Lei n. 9.868 equiparando os efeitos das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade. De acordo com o artigo 28, parágrafo 2º, da mencionada Lei, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Contudo, a padronização ocorreu no âmbito infraconstitucional, apenas. No contexto constitucional, todavia, o efeito vinculante continuava adstrito apenas às decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade.

4.4.3 A Emenda n. 45/2004 e o coroamento do efeito vinculante no Brasil

Essa incongruência somente foi alterada com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, anos mais tarde, ocasião na qual o artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal, foi novamente modificado, agora para constar que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade passariam a produzir eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A referida Emenda, portanto, padronizou no âmbito constitucional o efeito vinculante para as ações declaratórias de constitucionalidade e para as ações diretas de inconstitucionalidade.

Assim, repassando a evolução do instituto no contexto constitucional pós-88, num primeiro momento o efeito vinculante estava limitado às decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade. Após, confirmando um contexto jurisprudencial então consolidado, a Lei n. 9.868/1998 estendeu-o também para as ações diretas de inconstitucionalidade (bem como para a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto), de modo que a partir de então, por imposição legal – e não constitucional, frise-se – os efeitos de ambas as ações foram enfim padronizados. Finalmente, a Emenda

Constitucional n. 45/2004 elevou essa padronização para o patamar constitucional, pois fez constar no artigo 102, parágrafo 2º, do texto constitucional, que as decisões definitivas de ambas as ações gozariam tanto de eficácia *erga omnes* quanto de efeito vinculante. Hoje o efeito vinculante é uma realidade para ambas as ações e, há que se pontuar, também para as súmulas vinculantes, enfim implantadas no Brasil por meio da inserção do artigo 103-A no texto constitucional, ora regulamentado pela Lei n. 11.417/2006.

Logo, a partir da análise acima fica claro que o efeito vinculante foi, pé ante pé – e a expressão é de José Carlos Barbosa Moreira (1999, p. 329) – gradativamente insinuando-se no Direito brasileiro¹⁵¹. E ainda agora, mesmo após a sua consagração no texto constitucional por meio da padronização dos efeitos para ambas as ações do modelo concentrado de controle de constitucionalidade e da criação das súmulas vinculantes, é possível sustentar que o efeito vinculante vem afirmando-se ainda mais, conforme restará demonstrado nos capítulos adiante, haja vista a possibilidade de sua extensão também às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. De qualquer forma, antes de adentrar em tal temática, com o intuito de demonstrar que o efeito vinculante vem conquistando cada vez mais espaço no Brasil, convém analisá-lo no contexto da legislação processual, ambiente onde tem se desenvolvido de forma extraordinária.

4.4.4 O efeito vinculante na legislação processual

De fato, segundo Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa (2004, p. 304-306), no campo processual civil é possível encontrar vários dispositivos impondo a vinculação

¹⁵¹ “Quanta tinta se tem gasto (a imagem, reconhecemos, é obsoleta na era da informática, em que ninguém mais usa tinta para escrever...) no debate entre os partidários e os adversários da reforma constitucional destinada a atribuir eficácia vinculante a proposições inspiradoras de precedentes nos mais altos tribunais do país! Pois bem: sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, em boa medida vai se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses ‘sumuladas’, senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos. Emenda constitucional, para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos do Judiciário? Ora, mas se já vamos além, e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite” (MOREIRA, 1999, p. 329).

das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Em primeiro lugar, ao disciplinar o conflito de competência, o artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil estabelece que havendo jurisprudência dominante do Tribunal respectivo sobre a questão suscitada, “o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente”. Muito embora o artigo em referência não tenha, textualmente, empregado a expressão “efeito vinculante”, ninguém duvida de que a hipótese é, precisamente, de vinculação.

Ainda, o artigo 475, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil prevê que “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”. Ou seja, de acordo com o artigo em referência, não está sujeita ao reexame necessário a sentença fundada em jurisprudência do Plenário do Pretório Excelso ou em súmula deste ou de outro Tribunal. Comentando o dispositivo em referência, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 77) afirmam que há, realmente, uma tendência no processo civil à prestigiar cada vez mais as súmulas e jurisprudências dominantes dos Tribunais Superiores¹⁵².

Ainda, o efeito vinculante fica bastante evidente no artigo 478 do Código de Processo Civil, que prevê que “o tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada”. Anote-se que o artigo pré-citado estabelece a vinculação da interpretação dada pelo Tribunal para o qual tenha sido suscitada a uniformização da jurisprudência, do que é possível sustentar que os efeitos vinculantes realmente tendem a alcançar os “fundamentos determinantes” da decisão (*Tragende Gründe*), não ficando adstritos à parte dispositiva da sentença, como propõem os adeptos da teoria restritiva. Tal ponto, contudo, será analisado no tópico 5.1.2. De qualquer modo, o dispositivo em questão estabelece que a partir da uniformização, todos os julgamentos proferidos por aquele tribunal deverão obedecer ao entendimento adotado.

¹⁵² Noutra obra, contudo, um dos co-autores do livro mencionado levanta a questão da fluidez do conceito de jurisprudência dominante, “sendo difícil para a parte recorrente qualificar a jurisprudência a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto, se se trata ou não de ‘dominante’” (WAMBIER, 2000, p. 87).

Prosseguindo, há que se mencionar uma importante previsão da vinculação, qual seja, o artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual 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”. Considerando que também pela via difusa a questão da inconstitucionalidade pode ser levada ao Plenário, é possível afirmar que a hipótese traz uma previsão infralegal de vinculação no controle difuso de constitucionalidade¹⁵³.

Finalmente, em matéria de recursos, o efeito vinculante se faz bastante presente, havendo previsão de negativa de seguimento de agravos de instrumento quando a decisão estiver em conformidade com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal, conforme previsão dos artigos 527, inciso I, e 557, ambos do Código de Processo Civil¹⁵⁴. Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 259), por exemplo, é um dos que menciona a valorização do precedente judicial – aqui compreendido no seu sentido amplo – no direito brasileiro, sendo que a sua autoridade tem crescido a ponto de hoje a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores representar fundamento para a negativa de seguimento de recurso ou para, de pronto, ensejar o seu provimento.

¹⁵³ É o que pensa, por exemplo, Teori Albino Zavacki (2003, p. 159), para quem, também “no âmbito do controle difuso, os precedentes do STF têm eficácia transcendental no sistema, como, por exemplo [...], a de vincular, indiretamente, as decisões dos demais tribunais, cujos órgãos fracionários ‘não submeterão ao plenário, ou órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento [...] do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’”.

¹⁵⁴ Para mais, KOZIKOSKI, S., 2003, p. 161-207.

5 O EFEITO VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 APONTAMENTOS SOBRE O EFEITO VINCULANTE

5.1.1 Conceito de efeito vinculante

Segundo João Luís Fischer Dias (2004, p. 13), o efeito vinculante – ou força vinculante – significa, em seu sentido mais amplo, o liame, o laço que cria um vínculo entre sujeitos, isto é, “uma obrigação que limita as escolhas do sujeito nas suas relações intersubjetivas, sem solapar desse sujeito à liberdade, proporcionando, ao mesmo tempo, estabilidade e segurança nas relações sociais”. Adiante, o autor (DIAS, 2004, p. 13-14) refina ainda mais esse conceito para aproximá-lo da idéia de precedente judicial obrigatório, ocasião na qual define o efeito vinculante como a eficácia de uma decisão judicial proferida sobre uma questão de fato e de direito, que ultrapassa o caso concreto da qual se originou, sendo que este precedente passa a constituir-se referência jurídica obrigatória para futuros julgamentos de casos cujos fundamentos factuais e jurídicos sejam semelhantes ao julgamento anterior. Em termos práticos, portanto, significa dizer – conforme Marcelo Alves Dias de Sousa (2008, p. 210) – que tanto o Executivo quanto os demais órgãos judicantes, “nos julgamentos de casos de sua competência em que a mesma questão deva ser decidida incidentalmente, devem, obrigatoriamente, aplicar o provimento contido nessa decisão”. Com isso, privilegia-se a estabilidade das relações sociais e políticas e superam-se eventuais divergências hermenêuticas em nome dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição (LEAL, R., 2006, p. 114).

A noção de efeito vinculante, para João Luis Fischer Dias (2004, P. 14), assemelha-se à doutrina do *stare decisis* de origem anglo-americana. Contudo, apesar dessa semelhança, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 543) afirmam que a concepção de efeito vinculante adotado no Brasil está

adstritamente ligada ao modelo germânico disciplinado no parágrafo 31, item (2)¹⁵⁵, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, conforme fica claro na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição n. 130/1992 apresentada pelo então Deputado Roberto Campos – analisada na parte referente à diferenciação entre o instituto em análise e a eficácia *erga omnes*, mais adiante – que, uma vez aprovada, converteu-se na Emenda Constitucional n. 3/1993. Dessa linha de raciocínio compartilha Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 118), para quem o surgimento do efeito vinculante está relacionado não apenas ao parágrafo 31, item (2) da citada Lei Orgânica, mas também ao item (1) do mesmo dispositivo¹⁵⁶.

5.1.2 Limites objetivos do efeito vinculante: transcendência aos motivos determinantes da decisão?

Indo adiante, convém analisar os limites objetivos do efeito vinculante, isto é, qual parte da decisão proferida é por ele atingida. A questão, neste particular, é extremamente controvertida, pois de fato não há no Brasil uma definição sobre a distinção – se é que existe – entre o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, ou tampouco sobre qual parte da decisão, isto é, se apenas o dispositivo ou também os motivos ou fundamentos determinantes da decisão, ou seja, a norma concreta da decisão, são por ele abrangidos¹⁵⁷. De fato, apesar de haver doutrina de peso em

¹⁵⁵ “§ 31 (2) Nos casos do § 13, n^{os} 6, 11, 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem força de lei. Isso vale também nos casos do § 13, n^o 8, se o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a Lei Fundamental, ou nula. No caso de uma lei ser declarada compatível ou incompatível com a Lei Fundamental ou com outras normas federais, ou mesmo nula, a parte dispositiva da decisão deve ser publicada, pelo Ministro Federal da Justiça, no Diário Oficial Federal. O mesmo vale para a parte dispositiva da decisão de que trata o § 13, n^{os} 12 e 14” (LEAL, R., 2006, p. 119).

¹⁵⁶ “§ 31 (2) As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da federação e dos estados, assim como todos os órgãos judiciais e autoridades administrativas” (LEAL, R., 2006, p. 118-119).

¹⁵⁷ De fato, segundo Lenio Luiz Streck (2002, p. 609-610), “é necessário referir que a questão do efeito vinculante – transformado no Brasil em panacéia para a cura dos males da disfunção do sistema – sequer tem uma definição clara em relação à diferenciação com as noções de eficácia/efeito *erga omnes*, força de caso julgado e força obrigatória de lei, por exemplo, bem como a relação recíproca/complementar que existe entre tais noções. Autores do porte de Klaus Vogel colocam sérias dúvidas acerca dessa diferenciação, ou seja, se em regras se distinguem os três conceitos, a distinção não tem significado, sendo que o efeito vinculante, por exemplo, constitui-se apenas na extensão subjetiva do caso julgado. Na mesma linha, as idéias de que o efeito vinculante se estende aos tragende Gründe e de que está proibida ao legislador a reprodução das normas já declaradas inconstitucionais estão longe de receber o beneplácito da generalidade dos autores, o

sentido contrário, analisada adiante, a premissa, no presente trabalho – premissa esta amparada numa interpretação histórica e teleológica da Emenda Constitucional n. 3/1993, que, como mencionado, instituiu o efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira e também na doutrina de Ives Gandra da Silva e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 543), dentre outros – é que (i) efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* são realidades distintas e que (ii) o efeito vinculante transcende a parte dispositiva da decisão e atinge os motivos ou fundamentos determinantes da decisão, isto é, a norma concreta que dela se extrai, passando a obrigar os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas suas três esferas de representatividade.

Assim sendo, em primeiro lugar, o efeito vinculante não se confunde com a eficácia *erga omnes*, ou eficácia contra todos, muito embora tratem-se de institutos afins (MARTINS; MENDES, 2005, p. 542). Embora haja posições doutrinárias sustentando uma certa equivalência entre ambos – ao menos no que diz respeito às suas conseqüências, conforme adiante restará demonstrado –, a leitura do artigo 102, parágrafo 2º, do texto constitucional deixa transparecer que, em verdade, efeito vinculante e eficácia *erga omnes* são realidades distintas, pois quisesse o legislador constituinte ter lhes atribuído idêntico sentido, com certeza teria poupado palavras e utilizado uma ou outra expressão, apenas, e nas duas de uma vez só¹⁵⁸. Ademais, Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 117) afirma em suas aulas sobre hermenêutica e interpretação constitucional que a “termos diversos não se deve atribuir o mesmo conteúdo”, razão pela qual há que se presumir a diferença entre ambos os institutos. A questão, portanto, é saber onde se encontra essa diferença.

De um modo geral, a eficácia *erga omnes* significa que acaso o Supremo Tribunal Federal venha a declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, a questão não poderá novamente ser

mesmo problema podendo ser dito sobre o problema da autovinculação do juiz constitucional às suas próprias decisões. Por isso, é bastante controversa a tese da eficácia das decisões que afirmam a inconstitucionalidade de um texto. Mais do que isso, a idéia do efeito vinculante enfrenta outro problema: o que é vinculativo? O dispositivo da decisão ou os fundamentos determinantes desta? Vários autores como Klaus Schlaich, Hans Brox, Martin Kriele, Wolfgang Hoffmann-Riem, Norbert Wischerman, Cristoph Gusy, Wolf-Rüdiger Schenke e Ulrich Battis, colocam sérias dúvidas acerca da vinculação estrita aos motivos determinantes das decisões”.

¹⁵⁸ “Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tecnicamente, são coisas distintas. Isso ficou claro com a Emenda Constitucional nº 3/93 e a redação que ela deu ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal. Criando a ação declaratória de constitucionalidade, previram-se, expressamente, como coisas diversas, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante” (SOUZA, 2005, p. 209).

suscitada por outro jurisdicionado¹⁵⁹. Essa é a principal consequência da eficácia *erga omnes*, que, de acordo com Marcelo Alves Dias de Sousa (2008, p. 209), encontra-se limitada apenas à parte dispositiva da decisão. Assim sendo – e aqui reside a confusão – é possível sustentar que o instituto também vincula os jurisdicionados, pois obsta que a matéria já decidida pelo Supremo Tribunal Federal seja novamente posta em questão por outro interessado num novo processo¹⁶⁰.

Contudo, o efeito vinculante, propriamente dito, vai além dessa perspectiva de vinculação e atinge também os motivos ou fundamentos determinantes da decisão, de modo que esta se transforma em precedente de seguimento obrigatório para os demais membros do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta, em seus três níveis de representatividade¹⁶¹. Assim, o efeito vinculante transcende a parte dispositiva da decisão – que, conforme visto, tem apenas o condão de impedir que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade seja novamente reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal mediante a provocação de qualquer jurisdicionado – e atinge também a sua *ratio decidendi*, cuja observância passa a ser obrigatória. Ressalte-se que essa noção já estava presente na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição n. 130/1992, segundo a qual o efeito vinculante foi criado pelo direito processual alemão com o objetivo de outorgar maior eficácia às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional daquele país assegurando, com isso, “força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (tragende

¹⁵⁹ Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 291), do “prisma estritamente processual, a eficácia geral ou *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida, uma vez mais, ao Supremo Tribunal Federal”.

¹⁶⁰ Tanto é assim que para José Afonso da Silva (2005, p. 60) o efeito vinculante não passa de uma decorrência lógica da eficácia *erga omnes*. De acordo com o autor (SILVA, 2005, p. 60), a eficácia *erga omnes* significa que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da lei atinge todos os feitos em andamento, “paralisando-os com o desfazimento dos efeitos das decisões proferidas no primeiro caso ou com a confirmação desses efeitos no segundo caso”. Mas, além disso, afirma o autor (SILVA, 2005, p. 60) que dali em diante, o ato inquinado em outros casos vale na mesma medida da posição encampada pelo Supremo Tribunal Federal, “ou seja, é constitucional, sem possibilidade de qualquer outra declaração em contrário, ou inconstitucional, com o que se apaga de vez sua eficácia no ordenamento jurídico”. Nessa perspectiva, conclui o autor (SILVA, 2005, p. 60) que nenhum juízo ou Tribunal poderá conhecer de ação ou processo em que se postule uma decisão contrária à declaração emitida pelo Supremo Tribunal Federal, de onde se concluir que o efeito vinculante é, em verdade, uma decorrência da própria eficácia *erga omnes*.

¹⁶¹ Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 544-545) afirmam “que a eficácia da decisão proferida pelo “Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros”.

Gründe)” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 542)¹⁶². De fato, essa foi a saída encontrada pelos países não adeptos do *stare decisis* para reforçar a eficácia das decisões proferidas no âmbito de suas jurisdições constitucionais, uma vez que ante a inexistência de mecanismo semelhante, os demais Poderes estatais vinham insistindo na reiteração de atos materialmente declarados inconstitucionais. Assim, a idéia do instituto era, precisamente, vincular os Tribunais e a Administração Pública não apenas à parte dispositiva da decisão, “mas também aos motivos, princípios e interpretações que lhe serviram de fundamento, ou, como preferem Bocanegra Sierra e Klaus Vogel, à norma concreta da decisão” (LEAL, R., 2006, p. 113).

Logo, enquanto o efeito vinculante cria uma relação de subordinação, obrigando os seus destinatários – analisados na parte referente aos seus limites subjetivos – a aplicarem a mesma tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal aos casos que versem sobre aquela matéria decidida, sem margem para qualquer questionamento posterior à constatação de que a decisão vinculante é aplicável ao caso, a eficácia *erga omnes* gera efeitos tipicamente processuais, impedindo nova discussão sobre ato cuja incompatibilidade com a Constituição já foi objeto de exame definitivo pelo Tribunal mencionado (FERREIRA, 2005, p. 123-124). É dizer, enquanto esta impede que a matéria apreciada pela Corte Constitucional seja novamente suscitada por qualquer jurisdicionado, o efeito vinculante impõe a observância aos termos materiais da decisão pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, nos contextos federal, estadual e municipal. Aquela se limita à parte dispositiva da sentença, impedindo que a questão decidida seja novamente argüida por qualquer jurisdicionado, ao passo que este lhe transcende, impondo aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, nas suas três esferas de

¹⁶² “Além de conferir eficácia ‘erga omnes’ às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quando a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 542).

representatividade, a observância aos fundamentos determinantes da decisão, ou seja, à norma que dela se extrai¹⁶³⁻¹⁶⁴. Essa, posição, frise-se, não é definitiva no Supremo Tribunal Federal (DIAS, 2008, p. 221). Todavia, é possível encontrar em sua jurisprudência algumas decisões afirmando que o alcance do efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão. É o caso, por exemplo, das Reclamações nº 2.363/PA, interposta por Município de Capitão Poço em face do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região¹⁶⁵, e 2.126/SP, proposta

¹⁶³ “Em síntese, o efeito vinculante é mais abrangente do que o efeito erga omnes, Aquele cria uma relação de subordinação, obrigando seus destinatários a aplicarem a mesma tese (que foi adotada na decisão do Pretório Excelso) aos casos que versam sobre aquela matéria decidida, sem qualquer questionamento posterior à constatação de que a decisão vinculante é aplicável ao caso. O efeito erga omnes gera efeitos tipicamente processuais, impedindo nova discussão sobre ato cuja incompatibilidade com o Texto Fundamental já foi objeto de exame definitivo pelo Pretório Excelso. O mesmo não ocorre na declaração de constitucionalidade, quando há possibilidade de nova ação impugnando o mesmo ato, na hipótese de alteração nas circunstâncias fáticas (mutação constitucional), o que viabiliza a propositura de nova ação. O efeito vinculante tem características distintas da resolução do Senado, editada posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição Federal), no controle difuso. Além de ambos terem natureza distinta, a Resolução do Senado é espécie normativa prevista pelo Poder Constituinte Originário, no art. 59 da Constituição Federal, e o efeito vinculante é efeito de decisão judicial, previsto pelo Poder Constituinte Reformador e pelo Poder Legislativo” (FERREIRA, 2005, p. 123-124).

¹⁶⁴ “A eficácia erga omnes em uma decisão no controle concentrado, que se restringe à sua parte dispositiva, quer significar que ela atinge a própria eficácia geral e abstrata da norma objeto do controle e, por conseguinte, atinge a todos. Já faz bastante tempo que Calamandrei, fundado no modelo italiano e tratando apenas da declaração da inconstitucionalidade, dizia isto: ‘Pela extensão de seus efeitos, pode-se distinguir em geral ou especial, segundo que a declaração de certeza da ilegitimidade conduza a invalidar a lei erga omnes e a lhe fazer perder para sempre eficácia normativa geral e abstrata, ou bem que conduza somente a negar sua aplicação ao caso concreto, com efeitos limitados ao só caso decidido’. Declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no primeiro caso confirmando a eficácia geral e abstrata que lhe é inata, no segundo retirando-lhe essa eficácia, a decisão atinge, por isso, mesmo, todos os potenciais destinatários, incluindo os órgãos do Poder Judiciário e, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal. Já efeito vinculante significa algo diverso. Em resumo, ele é um *plus* em relação à eficácia erga omnes e significa a obrigatoriedade da Administração Pública e dos órgãos do Poder Judiciário, excluindo o Supremo Tribunal Federal, de submeter-se à decisão proferida na ação direta. Em termos práticos, significa que o Poder Executivo e os demais órgãos judicantes, nos julgamentos de casos de sua competência em que a mesma questão deva ser decidida incidentalmente, devem, obrigatoriamente, aplicar o provimento contido nessa decisão. Se não o fizerem, afrontam a autoridade de julgado do Supremo Tribunal Federal, o que ‘abre as portas’ para Reclamação, conforme previsto no art. 102, I, [inciso] I, da Constituição Federal, além, naturalmente, do cabimento dos recursos cabíveis às instâncias superiores. Ou seja, se não for respeitada a decisão proferida na ação direta, o prejudicado poderá valer-se de um instituto próprio, denominado Reclamação, requerendo ao Supremo Tribunal Federal que garanta, de uma vez, a autoridade de sua decisão” (SOUZA, 2008, p. 209-211).

¹⁶⁵ Segundo mencionado pelo Relator, “muito embora os atos impugnados não guardem identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, Relator o Min. Maurício Corrêa, vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados ‘fundamentos determinantes’. A concepção de efeito vinculante consagrada na Emenda n. 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia erga omnes, mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a

por Município de Itapeva em face do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶⁶.

Apesar de tudo, como mencionado no início do presente tópico, esse entendimento favorável à extensão do efeito vinculante para além da parte dispositiva da decisão, isto é, para os seus motivos ou fundamentos determinantes, não é unânime. Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 254), o efeito vinculante inserido na jurisdição constitucional brasileira está, sim, adstrito à parte dispositiva da decisão, não atingindo os seus motivos ou fundamentos determinantes¹⁶⁷. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 307) afirma que pelo fato de o legislador constituinte derivado ter mencionado no artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição, a expressão “decisão definitiva de mérito”, o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: a decisão) parte dispositiva, não alcançando os seus fundamentos determinantes”. Da mesma forma, Oswaldo Luis Palu (1999, p. 229) afirma que o efeito vinculante atinge somente o dispositivo da decisão, e não os motivos fáticos e jurídicos da decisão. Também Lenio Luiz Streck (2002, p. 611) nega a vinculação dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, remetendo o leitor às diferenciações existentes entre o sistema romano-germânico e o sistema da *commom law*, que se utiliza dos precedentes justamente por não possuir mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade. Porém, apesar de o conhecimento convencional sempre ter limitado o efeito vinculante das decisões judiciais à sua parte dispositiva, e não à sua fundamentação – conforme regra do artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil – Luis Roberto Barroso (2008, p. 196) afirma que tal entendimento vem sendo superado em relação aos processos objetivos.

Logo, com a ressalva dos entendimentos em sentido contrário, tem-se o efeito vinculante transcende, sim, a parte dispositiva da decisão, principalmente porque tal posicionamento veio expressamente consignado na justificativa da Proposta de

proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original”.

¹⁶⁶ De acordo com o Relator, “muito embora os atos impugnados não guardem identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, Relator o Min, Maurício Corrêa, vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados ‘fundamentos determinantes’”.

¹⁶⁷ “A Emenda Constitucional 3 conferiu efeito vinculante apenas às decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal, nas ações declaratórias de constitucionalidade, e, neste momento, é oportuno observar que tal efeito está afeto apenas à parte dispositiva da decisão, e não aos seus fundamentos ou motivos determinantes” (FERRARI, 1999, p. 254).

Emenda à Constituição n. 130/1992. É dizer, a própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvidas de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, deixando claro que estas não ficariam limitadas apenas à sua parte dispositiva. Apesar de a proposta não ter sido incorporada em sua inteireza – conforme constou no julgamento da Reclamação n. 2.126/SP – “é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original”. Além disso, acaso ficassem tanto o efeito vinculante quanto a eficácia *erga omnes* adstrito ao dispositivo da decisão, fatalmente não haveria qualquer distinção prática entre ambos, hipótese na qual o artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição – que prevê ambos os institutos – uma mera redundância¹⁶⁸.

5.1.3 Limites subjetivos do efeito vinculante

Entretanto, não apenas em relação aos seus limites objetivos o efeito vinculante gera polêmicas. Também em relação aos limites subjetivos é possível encontrar alguma controvérsia. De fato, de acordo com a redação atual do artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal, as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Se de um lado a previsão constitucional parece simples, de outro há uma certa polêmica em relação à extensão do efeito vinculante também ao Poder Legislativo nas hipóteses de procedência das ações diretas de inconstitucionalidade e de improcedência das ações declaratórias de constitucionalidade, pois ambas as possibilidades redundam no reconhecimento da incompatibilidade do ato normativo inquinado com o texto da Constituição (a questão aqui é limitada a essas duas possibilidades, pois a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não

¹⁶⁸ Para mais, ver Antonio Claudio Kozikoski Junior e Alvacir Alfredo Nicz (2007, p. 179-200)

comprometem a aplicação da lei). Logo, a questão é saber se nas hipóteses mencionados ficaria o Poder Legislativo proibido de editar outra norma com idêntico sentido, sobretudo porque na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição n. 130/1992 – que, como mencionado, mais tarde converteu-se na Emenda n. 3/1993 – restou expressamente consignado que o efeito vinculante que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição.

De fato, na Alemanha, onde o instituto nasceu e desenvolveu-se, a regra geral é a vinculação do Poder Legislativo à decisão proferida pelo órgão encarregado da jurisdição constitucional, no caso, o Tribunal Federal Alemão¹⁶⁹. Nesse sentido, Raul Horta (1999, p. 165) afirma que as decisões do Tribunal Constitucional dotadas de efeito vinculante impedem não só que o Parlamento vote novamente ou o Presidente venha a promulgar texto do mesmo conteúdo como também que texto semelhante seja objeto de simples discussão parlamentar. Ainda, situação idêntica ocorre em Portugal, onde o legislador ordinário não pode reeditar nova lei com conteúdo idêntico ao da lei declarada inconstitucional pelo Tribunal (CANOTILHO, 1999, p. 946; DIAS, 2008, p. 226)¹⁷⁰.

Essa vinculação, contudo, deixa de existir acaso mude o contexto constitucional que levou à declaração da inconstitucionalidade, ou seja, acaso uma lei constitucional – no caso, uma Emenda – venha constitucionalizar a disciplina ou regime jurídico anteriormente considerado inconstitucional (CANOTILHO, 1999, p.

¹⁶⁹ “Na Alemanha, a regra geral é a vinculação do Poder Legislativo à decisão na ação direta que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, que não poderá editar norma de igual conteúdo. Esclarece Weber: Como estabelece o artigo 31.1 LTCF, as sentenças do TCF vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos Länder, assim como a todos os tribunais e administrações. No que diz respeito às sentenças de cassação, ou seja, às que declaram que uma norma é nula ou incompatível com a constituição, o efeito vinculante significa uma proibição de reiteração por parte do legislador, que não pode voltar a aprovar uma norma declarada inconstitucional, nem pode repetir o erro constitucional cometido” (DIAS, 2008, p. 224-225).

¹⁷⁰ “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. Também lhe é vedado vir neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) através da convalidação retroactiva, por acto legislativo, de actos administrativos praticados com base numa norma declarada inconstitucional sem restrição de efeitos. O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição de reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação trilateral – Constituição-sentença-lei – em que o parâmetro positivo da Constituição é medida pela declaração judicial da inconstitucionalidade” (CANOTILHO, 1999, p. 946).

946)¹⁷¹. Conquanto a Proposta de Emenda à Constituição n. 130/1992 ter expressamente mencionado a vinculação do legislador, como acima mencionado, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional não adotou essa possibilidade. É dizer, no Brasil, o Poder Legislativo pode editar nova norma com conteúdo idêntico àquela declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não cabendo Reclamação para o Supremo Tribunal Federal para resguardar a autoridade de sua decisão (BARROSO, 2008, p. 194-195)¹⁷².

De acordo com Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 159-160), ao contrário do que ocorre em outros países, o “Poder Legislativo não está obrigado, segundo o ordenamento brasileiro, a observar a *ratio decidendi* que fundamenta as decisões proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade”. É dizer, no Brasil, ao Poder Legislativo é permitido “ignorar as interpretações e os fundamentos deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade e reiterar preceitos normativos materialmente semelhantes a outros declarados inconstitucionais”. A licitude dessa situação, vale a pena mencionar, já foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como fica claro a partir da Reclamação n. 2.617, proposta por Nunes, Amaral & Pereira Advogados S/C Ltda. em face do Governador do Estado de Minas Gerais, segundo a qual a eficácia geral e o efeito vinculante de decisão proferida em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só atinge os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os órgãos do Poder Executivo, “não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão”. Apesar disso, muito embora não haja a possibilidade de vinculação do Legislador, é de todo recomendável que este respeite os termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e se abstenha de editar nova norma com conteúdo materialmente idêntico ao da lei declarada inconstitucional, seja porque ao referido Tribunal compete à guarda da Constituição,

¹⁷¹ . J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 946-947) exemplifica tal possibilidade a partir da seguinte hipótese: “a eliminação da irreversibilidade das nacionalizações na 2.ª revisão da Constituição neutraliza as decisões do TC que declararam inconstitucionais as leis privatizadoras”.

¹⁷² A única possibilidade para questionar a nova norma produzida pelo Poder Legislativo, com conteúdo idêntico à da lei anteriormente declarada inconstitucional é o ajuizamento de uma nova ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu na ADIN n. 1.850-8/RS que jamais se pretendeu “estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ao Poder Legislativo, de modo a inibi-lo da edição de diploma legal similar: em tal caso – já decidiu o Tribunal (Recl. 864, 23.6.93, Moreira Alves) – o caminho é precisamente, como sucede na espécie, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade da lei nova e, não, a reclamação”.

seja porque o seu artigo 2º contempla uma perspectiva de harmonia entre os Poderes estatais.

Esse é o entendimento dominante. No entanto, é fato que a doutrina do efeito vinculante vem se afirmando dia após dia. Em julgamentos paradigmáticos – adiante analisados – o Supremo Tribunal Federal tem atribuído alcance cada vez mais amplo ao efeito vinculante, razão pela qual não deverá assustar se este posicionamento acabar sendo relativizado num futuro não tão distante. De fato, já há sinais no próprio Supremo Tribunal Federal apontando para esse quadro, como se infere do voto do Ministro Eros Roberto Grau no julgamento da Reclamação n. 4.335-5. Analisada em tópico próprio – qual seja, o tópico n. 6.1.2 – a Reclamação em referência gira em torno da extensão dos efeitos da decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959, que declarou inconstitucional o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Atualmente já votaram os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, o primeiro propondo a extensão do efeito vinculante para as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, haja vista mutação constitucional que teria mudado o sentido do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, e o segundo acompanhando-o. Entretanto, no voto do Ministro Eros Roberto Grau é possível encontrar afirmação na qual o próprio Poder Legislativo estaria proibido de reeditar o ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus acima mencionado¹⁷³. Assim sendo, apesar da doutrina clássica a respeito, há que se indagar se o momento não é de retomada da proposta inicial trazida pela Emenda à Constituição n. 3/1993, que propunha uma vinculação também do legislador.

Outro questionamento diz respeito à vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal às decisões por ele proferidas. É dizer, ainda em relação aos seus limites subjetivos, a questão é saber se o efeito vinculante atinge o próprio Supremo Tribunal Federal, impossibilitando-o de decidir novamente uma determinada matéria já debatida em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, bem como naquelas sentenças intermediárias que tenham

¹⁷³ Nesse ponto, assim manifestou-se o Ministro Eros Roberto Grau: “Ainda, uma outra indagação será neste passo proposta: poderia o Poder Legislativo, no que tange à decisão a que respeita a Reclamação n. 4.335-5, legislar para conferir à Constituição interpretação diversa da definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.959, quando considerou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 [a chamada Lei dos crimes hediondos]? Entendo que não”.

interpretado determinada lei ou ato normativo em conformidade com a Constituição ou que tenham declarado a inconstitucionalidade sem redução de texto. Se bem analisada, percebe-se que a indagação, em verdade, dá ensejo à duas subquestões, quais sejam: (i) a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na interpretação de determinada lei ou ato normativo em conformidade com a Constituição, na decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade sem redução de texto vincula o Supremo Tribunal Federal? (ii) Poderá o Supremo Tribunal Federal reapreciar a questão e, se for o caso, até decidir em sentido contrário à sua anterior decisão?

Em relação à primeira questão, a resposta é negativa, ou seja, não está o Supremo Tribunal Federal vinculado às referidas decisões, pois os dispositivos que prevêm o efeito vinculante fazem menção aos “demais órgãos do Poder Judiciário”, expressão que certamente exclui o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁴. Ademais, segundo Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 116), é característica essencial do efeito vinculante a sua inaplicabilidade ao intérprete máximo da Constituição, visto que a sua destinação a todos os órgãos e poderes do Estado resultaria no congelamento da interpretação constitucional, impedindo, com isso, a evolução e o desenvolvimento da jurisdição constitucional, sobretudo, no sentido de adaptar o texto constitucional às novas realidades sociais e políticas.

Em sentido semelhante, Zeno Veloso (2000, p. 199-200) afirma que não seria bom que o Supremo Tribunal Federal ficasse acorrentado a uma determinada decisão, por ele mesmo tomada, no controle jurisdicional de constitucionalidade, desconsiderando as realidades da vida e as transformações sociais, políticas e econômicas, deixando congelada aquela decisão coerente com o estágio do direito da época em que foi proferida. Some-se a tudo isso o fato de que não poderia haver – pois seria, certamente, um despautério – Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para garantir a autoridade de decisão sua que estaria sendo por ele mesmo descumprida e a conclusão é a de que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado às suas próprias decisões (DIAS, 2008, p. 229).

¹⁷⁴ “Verifica-se que o Poder Constituinte Derivado, quanto à previsão dos efeitos da ação declaratória de constitucionalidade, referiu-se de forma ampla, abrangendo os ‘demais órgãos’ da Administração Pública em todas as esferas e do Judiciário, estando o Supremo Tribunal Federal excluído do âmbito de incidência do efeito vinculante, já que a precitada norma é expressa quanto à ausência de autovinculação” (FERREIRA, 2005, p. 143).

Apesar disso, é necessário frisar que há entendimento em sentido contrário, como o de José Afonso da Silva (2005, p. 60-61), para quem o Supremo Tribunal Federal não pode conhecer de processo em que se pretenda algo contrário à sua declaração, nem mesmo em ação rescisória, pois ele fica “jungido a sua decisão, devendo seguir a mesma linha ainda quando se trate de julgamento de constitucionalidade incidental pelo Plenário”.

Em relação à segunda questão – qual seja, pode o Supremo Tribunal Federal reapreciar a questão e, se for o caso, decidir em sentido contrário à sua anterior decisão – a resposta parece ser afirmativa. Com efeito, a mutação constitucional permite que a constitucionalidade do mesmo ato normativo seja novamente submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal e, “se for o caso, receba decisão diversa” (DIAS, 2008, p. 229-230). Semelhante posicionamento é adotado por Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 294), para quem na eventualidade de modificação das circunstâncias fáticas ou de relevante alterações das concepções jurídicas dominantes, é possível uma revisão no conteúdo da decisão¹⁷⁵.

5.2 AS DECISÕES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

5.2.1 A ação declaratória de constitucionalidade

¹⁷⁵ “Apreciando especialmente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo Bundesverfassungsgericht, considera Hans Brox possível, desde que satisfeitos alguns pressupostos. Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então, ensina Brox, admite-se a instauração de um novo processo para a aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = Verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, verificar-se uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Esse entendimento é partilhado por Bryde. Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas duas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. [...] Bryde ensina que os conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional” (MENDES, 1999, p. 293-294).

Consoante Lenio Luiz Streck (2002, p. 601) e Luis Roberto Barroso (2008, p. 217-218), a ação declaratória de constitucionalidade não apresenta similar rigorosamente próximo no direito constitucional comparado. Instituída pela Emenda Constitucional n. 3/1993, logo no seu início foram suscitadas várias controvérsias a respeito da sua legitimidade político-constitucional, como ofensa aos princípios constitucionais do acesso à justiça/inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV), do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º LV), da separação de poderes (artigo 2º), todos protegidos pelo artigo 60, parágrafo 4º, incisos III e IV (SILVA, 2005, P. 56). Todas essas questões sobre a constitucionalidade da própria ação declaratória de constitucionalidade foram debatidas e superadas na Questão de Ordem oposta na ADC n. 1, de forma que hoje encontra-se pacificada a adequação da medida ao texto constitucional.

À primeira vista, pode parecer estranho uma ação para declarar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com o texto constitucional, uma vez que o atributo “constitucional” é presumido (BARROSO, 2008, p. 218). Porém, essa desconfiança é superada quando se admite a possibilidade de decisões divergentes sobre a constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo federal, situação não raro de ocorrer entre câmaras ou turmas de um mesmo Tribunal, por exemplo, ou a possibilidade da Administração Pública exigir algum comportamento dos particulares com base numa lei potencialmente inconstitucional.

A partir dessas perspectivas a medida se justifica e passa a funcionar como um valioso instrumento de garantia da Constituição, visto que supera de modo definitivo – com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – eventual controvérsia a respeito da legitimidade de uma lei ou ato normativo e garante, com isso, a segurança jurídica e a certeza do direito. Em semelhante sentido, Luis Roberto Barroso (2008, p. 218) afirma que a finalidade da medida é muito clara: “afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria”. De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 57), a ação declaratória de constitucionalidade visa a solucionar o estado de controvérsia generalizada por meio da coisa julgada vinculante, seja confirmando as decisões proferidas concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade da lei, com o que se encerram os processos concretos em favor dos autores, seja reformando essas decisões com a declaração da constitucionalidade da lei. Ainda, esclarecedor é o posicionamento de Gisela Maria

Bester (2005, p. 449), segundo o qual a ação declaratória de constitucionalidade é uma ação direta em que se pede a declaração de uma constitucionalidade para acabar com a insegurança jurídica ou o estado de incerteza que se instaura sobre a legitimidade de lei ou de ato normativo federal. A ação declaratória de constitucionalidade – prossegue a autora (BESTER, 2005, p. 449) – insere-se no controle abstrato de constitucionalidade das normas, cuja finalidade única é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos.

De um modo geral, a competência para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade é do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de lei ou ato normativo federal¹⁷⁶. Em relação à sua legitimidade ativa, quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 3/1993, somente podiam dela se utilizar o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Logo, os legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade eram mais limitados que os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme comparação entre o artigo 103, *caput*, com o seu parágrafo 4º, ambos na redação dada pela Emenda Constitucional n. 3/1993¹⁷⁷, situação esta modificada por meio da revogação do mencionado parágrafo 4º e da alteração do artigo 103 promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 que equiparou os legitimados para a propositura de ambas as ações. A partir de então, tornaram-se aptos a manejar tanto a ação declaratória de constitucionalidade quanto a ação direta de inconstitucionalidade (i) o Presidente da República, (ii) a Mesa do Senado Federal, (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados, (iv) a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, (v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal, (vi) o Procurador-Geral da República, (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados

¹⁷⁶ Segundo Luis Roberto Barroso (2008, p. 219-220), o texto constitucional “não prevê expressamente a legitimidade de instituição dessa modalidade de ação direta em âmbito estadual, como faz em relação à representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º). Nada obstante, a doutrina majoritária tem-se inclinado por admitir essa possibilidade, tendo por objeto do controle lei ou ato normativo estadual ou municipal”. Nagib Slaibi Filho (1994, p. 92-97) é um dos que admite a adoção do instrumento no plano estadual, mesmo tendo silenciado a Emenda Constitucional 3/1993.

¹⁷⁷ Assim dispunha o artigo, antes da Emenda Constitucional n. 45/2004: “Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [...] . Parágrafo 4º - A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

do Brasil, (viii) o partido político com representação no Congresso Nacional e (ix) a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Já em relação a legitimados passivos, em rigor eles não existem¹⁷⁸..

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade é o pedido de reconhecimento da compatibilidade entre lei ou ato normativo federal, aqui compreendidas as seguintes espécies normativas: (i) emendas à Constituição, (ii) leis complementares, (iii) leis ordinárias, (iv) leis delegadas, (v) medidas provisórias, (vi) decretos legislativos, (vii) resoluções e (viii) decretos autônomos (BARROSO, 2008, p. 222). Contudo, é necessário que haja controvérsia real entre algumas dessas espécies normativas e a Constituição, conforme critério fixado na Questão de Ordem oposta na ADC 1 e, posteriormente, acrescentado ao artigo 14 da Lei n. 9.868/1999 que, mais tarde, veio regulamentá-la.

No que diz respeito ao seu procedimento, a Lei n. 9.868/1999 exigiu que a ação fosse apresentada por meio de petição inicial subscrita por advogado (artigo 14, parágrafo único), em duas vias, contendo a indicação do dispositivo da lei ou do ato normativo questionado, os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido com suas especificações e a demonstração de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória, que deverá ser instruída com cópia dos documentos que possibilitem o seu conhecimento, tais como cópias da lei ou do ato normativo questionado e procuração (artigo 14, incisos I, II e III e parágrafo único). A ação não comporta pedido de desistência (artigo 16) nem intervenção de terceiros (artigo 18), mas admite que o Relator requeira pareceres de *experts* sobre o assunto ou informações dos demais Tribunais Superiores, Federais ou Estaduais, num prazo de trinta dias, sobre a aplicação da norma questionada no âmbito de suas competências (artigo 20, parágrafos 1º, 2º e 3º). Havendo decisão pela maioria de seus membros, pode o Supremo Tribunal Federal conceder cautelar para que os juízes e os Tribunais hierarquicamente inferiores suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo até o seu julgamento final (artigo 21). Sua decisão depende do voto de seis Ministros, num quórum mínimo de pelo menos oito deles (artigo 22), e não comporta recurso, a não ser embargos declaratórios, e tampouco ação rescisória (artigo 26).

¹⁷⁸ Segundo Luis Roberto Barroso (2008, p. 221), se “na ação direta de inconstitucionalidade é possível atribuir tal condição aos órgãos dos quais emanou o ato impugnado, na declaratória de constitucionalidade isso não faria sentido”.

Sobre os seus efeitos, já foi exaustivamente mencionado que a decisão na ação declaratória de constitucionalidade possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal. A questão dos limites objetivos já foi discutida no tópico anterior, sendo que pairam dúvidas em torno do seu alcance, isto é, se os efeitos da decisão atingem também os seus motivos ou fundamentos determinantes ou se permanecem na parte dispositiva. Por uma ou por outra, é certo que a decisão impede que o dispositivo seja aplicado pelos Tribunais ou pela Administração Pública, acaso venha a ser a ação julgada improcedente, ou reconhece que o ato impugnado é definitivamente constitucional e, por isso, impõe às pessoas acima mencionadas a obediência aos termos da decisão. Isto é, se o Supremo Tribunal Federal, por maioria ou unanimidade, julga procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos x e y da Lei n. W/00, esta deverá ser a solução para os casos envolvendo-a no âmbito judicial e administrativo até que mude o contexto – mutação constitucional – e o Supremo Tribunal Federal decida, por sua conveniência, reapreciar a questão, fato este do qual até hoje não se tem notícia.

5.2.2 A ação direta genérica de inconstitucionalidade

Ao contrário da ação declaratória de constitucionalidade – que nasceu sem precedentes na jurisdição constitucional brasileira, ressalvadas algumas opiniões em contrário, conforme tópico precedente – a ação direta genérica de inconstitucionalidade resultou do aperfeiçoamento da Representação Interventiva, criada pela Emenda Constitucional n. 16/1965 (BARROSO, 2008, p. 148). A sua finalidade, contudo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 142-143) não é propriamente a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo, mas sim a defesa da Constituição. Dito de outra forma, a “coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação” (CLÈVE, 2000, p. 143).

A competência para o seu processamento e julgamento é do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁹. Embora não haja partes, propriamente ditas, visto que não se trata a espécie de processo contraditório, no qual há conflito de interesses de interesses qualificados por pretensões resistidas¹⁸⁰, os legitimados para manejá-la são os mesmos legitimados para a ação declaratória de constitucionalidade, já mencionados anteriormente, quais sejam, (i) o Presidente da República¹⁸¹, (ii) a Mesa do Senado Federal, (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados, (iv) a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, (v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal, (vi) o Procurador-Geral da República, (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, (viii) o partido político com representação no Congresso Nacional e (ix) a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Nem todos, contudo, podem se utilizar de

¹⁷⁹ Apesar disso, é importante frisar que o sistema federativo brasileiro dá ensejo também a uma modalidade de controle direto da constitucionalidade no âmbito estadual, ou seja, o texto constitucional brasileiro prevê a “possibilidade da instituição de uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º) (BARROSO, 2008, p. 149). Muito embora não haja a previsão expressa nesse sentido, “é da lógica do sistema que a competência para processar e julgar, originariamente, essa ação (impropriamente referida como representação) seja do Tribunal de Justiça” (BARROSO, 2008, p. 149).

¹⁸⁰ “Já foi afirmado que inaugurando a ação direta genérica um ‘processo objetivo’ inexistem partes e lide. Não há aqui um ‘processo contraditório, no qual as partes litigam pela defesa de direitos subjetivos ou pela aplicação de direito subjetivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objetivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido à impugnação possam ser ouvidos’. Há partes meramente formais. Embora seja possível falar-se em legitimidade ativa e passiva, é preciso fazer uso dessas categorias processuais com certa dose de reserva. É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta contra alguém ou determinado órgão, mas sim em face de um ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional” (CLÈVE, 2000, p. 159).

¹⁸¹ Em relação à legitimação do Presidente da República para propor a ação direta de inconstitucionalidade, Ives Gandra da Silva e Gilmar Ferreira Mendes (2005, P. 146) chamam a atenção para o fato de o exercício de tal direito revelar-se potencialmente problemático em relação às leis federais, já que o Chefe do Executivo federal tem o poder de veto com fundamento em eventual inconstitucionalidade da lei. É dizer, se “o Presidente da República não exercer o poder de veto, nos termos do art. 66 da Constituição, é de se indagar se poderia, posteriormente, argüir a inconstitucionalidade da lei perante o Supremo Tribunal Federal” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 146). Segundo os autores (MARTINS; MENDES, 2005, p. 146-147), contudo, eventual restrição à legitimidade ativa do Presidente da República não pode ser cogitada, seja porque no contexto brasileiro qualquer juiz ou magistrado pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, seja porque a ampliação da legitimação ativa sugere que o legislador constituinte buscou evitar limitações a esse direito, havendo, ainda, que se cogitar, que se o Chefe do Executivo pode sancionar por equívoco ou inadvertência projeto de lei juridicamente viciado, não está ele submetido a persistir no erro, sob pena de agravar o desrespeito à Constituição. Semelhante raciocínio, vale ressaltar, pode ser aplicado a eventual restrição imposta às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, ou então ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, no que diz respeito à legitimidade para a propositura da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual. Finalmente, Gisela Maria Bester (2005, p. 510) lembra que o veto pode perfeitamente ser derrubado pelo Congresso Nacional, de onde não há como relativizar a legitimidade ativa do Presidente da República para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

forma irrestrita desses mecanismos. É dizer, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cuidou de dividi-los em legitimados universais e especiais: os primeiros são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese, isto é, podem impugnar quaisquer leis ou atos normativos federais ou estaduais; os segundos são os órgãos ou entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre suas respectivas esferas jurídicas ou de seus legitimados (BARROSO, 2008, p. 153)¹⁸². Estão compreendidos na primeira categoria o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados e os partidos políticos com representação no Congresso. Por sua vez estão compreendidos na segunda os restantes, quais sejam, os Governadores de Estados, as Mesas de Assembléias Legislativas e as Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (BARROSO, 2008, p. 153).

De acordo com Luis Roberto Barroso (2008, p. 152), foi nesse ponto que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional brasileira, o monopólio até então desfrutado pelo Procurador-Geral da República foi quebrado em virtude da ampliação do elenco de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e, agora, da ação declaratória de constitucionalidade¹⁸³.

De qualquer forma, já a legitimidade passiva não suscita maiores dificuldades, pois recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo (BARROSO, 2008, p. 151). Nesse particular, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 160) ressalta que algumas vezes o titular da ação e o legitimado passivo podem residir no mesmo órgão ou autoridade. É o caso, por exemplo, de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Presidente da República inquinando um ato normativo praticado por seu antecessor (CLÈVE, 2000, p. 160).

¹⁸² Segundo Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 165), os primeiros, quais sejam, os legitimados universais, “não precisam demonstrar interesse (relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade; adequação da causa às finalidades estatutárias); os segundos, inevitavelmente, sim”.

¹⁸³ Apesar de o legislador constituinte de 1988 ter imprimido um caráter praticamente de ação popular de inconstitucionalidade a ação em referência (MARTINS; MENDES, 2005, p. 139), com o aumento significativo dos legitimados para o seu manejo, tal fato contribuiu para o aumento significativo das ações diretas de inconstitucionalidade, pois “de 1934, quando foi instituída perante o Excelso Pretório (apenas interventivas até 1965; interventivas e genéricas após 1965) não chegou a 1700 (um mil e setecentos). De 1988 (outubro) a marco de 1999, ou seja no prazo de dez anos e cinco meses, foram ajuizadas 1962 (mil novecentos e sessenta e duas) ações, muitas delas, no caso das voltadas contra normas das Constituições estaduais que foram promulgadas a partir de outubro de 1989” (CLÈVE, 2000, p. 161).

No mais, como já brevemente mencionado, o objeto da ação em referência consiste no pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Nessa perspectiva, podem ser controlados pelo Supremo Tribunal Federal (i) as emendas à Constituição, seja no que diz respeito aos seus requisitos formais e materiais, seja no que diz respeito aos limites circunstanciais¹⁸⁴, (ii) leis complementares, (iii) leis ordinárias, (iv) leis delegadas, (v) medidas provisórias, (vi) decretos legislativos e resoluções, (vii) decretos autônomos, (viii) legislação estadual¹⁸⁵ e (IX) tratados internacionais, pois incorporados ao ordenamento jurídico nacional mediante decreto, ocasião na qual passam a gozar de *status* de leis ordinárias (BARROSO, 2008, p. 163-169). É necessário frisar, neste ponto, que no objeto reside um importante diferencial entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, pois enquanto a primeira engloba as leis e atos normativos federais e estaduais, a segunda não engloba estas últimas.

Em relação ao procedimento, a ação direta de inconstitucionalidade também segue a Lei n. 9.868/1998. A petição inicial, assim como a da ação declaratória de constitucionalidade, deve indicar o dispositivo impugnado, apontando os fundamentos jurídicos do pedido e os pedidos com as suas especificações, e vir acompanhada de cópias e de procuração (exceto quando se tratar de medida manejada pelo Procurador-Geral da República) (artigo 3º, incisos I e II, e parágrafo único). O relator solicitará ao órgão responsável pela elaboração do ato as respectivas informações, que deverão ser prestadas no prazo máximo de trinta dias (artigo 6º e parágrafo único). Após a oitiva do Advogado-Geral da União – que funciona como curador da constitucionalidade do ato impugnado – e do Procurador-

¹⁸⁴ No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 173). É interessante notar que há precedentes de declaração de inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais no Brasil, como é o caso de dispositivos previstos na Emenda Constitucional n. 3/1993, que pretendia instituir um tributo identificado como IPMF, cuja vigência seria imediata. Contudo, a medida foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal que a declarou inconstitucional nessa parte sob o argumento de violação aos princípios da anterioridade e da imunidade tributária. Ainda, o Supremo Tribunal Federal deu provimento em parte a ação direta de inconstitucionalidade que impugnava o artigo 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 que instituiu o tetode R\$ 1.200,00 para os benefícios do regime geral da previdência social, enumerados no artigo 201 da Constituição, dentre outros precedentes citados por Luis Roberto Barroso (2008, p. 163).

¹⁸⁵ O Distrito Federal, como bem se sabe, acumula as competências legislativas dos Estados e dos Municípios, conforme artigo 32, parágrafo 1º, da Constituição Federal. “Nessa hipótese, diante da impossibilidade de se proceder ao exame direto de constitucionalidade da lei municipal, perante o Supremo Tribunal Federal, em face da Constituição, tem-se admitido, que descabe ‘ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que a Lei Fundamental reserva aos Municípios’, tal como, por exemplo, ‘a disciplina e polícia do parcelamento do solo’” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 176-177).

Geral da República – que poderá manifestar-se favorável ou contrário à procedência do pedido, mesmo nas hipóteses em que tenha sido autor do pedido¹⁸⁶ – (artigo 8º), o relator envia cópia do relatório a todos os Ministros e pede dia para julgamento (artigo 9º). Novamente, não há possibilidade de pedido de desistência (artigo 5º) e tampouco intervenção de terceiros (artigo 7º), ressalvada a possibilidade de interessados apresentarem memoriais, acaso tenham interesse na ação, a admissão do *amicus curiae* (artigo 7º, parágrafo 2º), a participação de perito ou comissão de peritos para que emitam pareceres sobre a questão, além da possibilidade de designação de audiência pública para a oitiva de depoimento de pessoas com experiência na área e da requisição de informações dos demais Tribunais Superiores, Federais ou Estaduais acerca da aplicabilidade do dispositivo em discussão (artigo 9º, parágrafo 1º e 2º).

Em relação às medidas cautelares, a própria Constituição expressamente as prevê em seu artigo 104, inciso I, alínea “p”, regulamentado pelo artigo 10 da Lei n. 9.868/1999, tendo a jurisprudência fixado (i) a plausibilidade jurídica da tese exposta, ou seja, o *fumus boni juris*, (ii) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada, isto é, o *periculum in mora*, (iii) a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados e (iv) a necessidade de garantia da ulterior eficácia da decisão como requisitos para a sua concessão, havendo, ainda julgados mencionando (v) a relevância do pedido e (vi) a conveniência da medida (BARROSO, 2008, p. 179). Como regra geral, o seu deferimento depende de voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, sendo necessário quórum de no mínimo oito Ministros. O indeferimento do pedido cautelar não tem efeito vinculante, mas a concessão da medida tem o condão de suspender o julgamento de qualquer processo perante o Supremo Tribunal Federal até a decisão final (BARROSO, 2008, p. 180). A decisão final proferida na ação direta de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tendo sido este último atributo incluído por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004. Em regra, os efeitos da decisão retroagem ao momento de seu ingresso no mundo jurídico, nada obstante haja a possibilidade no artigo 27

¹⁸⁶ Tal qual admitido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 97/RO, ocasião na qual o Min. Moreira Alves manifestou-se no sentido de que essa “posição de imparcialidade do fiscal da aplicação da lei que é o Procurador-Geral da República está preservada ainda quando é ele o autor da ação direta, certo como é que, mesmo ocupando essa posição nesse processo objetivo, pode ele, afinal, manifestar-se contra a inconstitucionalidade que argüiu na inicial”.

da Lei n. 9.868/1999 de modular os efeitos temporais da decisão, fazendo com que esta tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou então em outro momento que venha a ser fixado (BARROSO, 2008, p. 198-199)¹⁸⁷. É importante afirmar, neste ponto, que a Lei n. 9.868/1999 ratificou o entendimento de que, declarada inconstitucional uma lei que revogou outra, restaura-se a norma revogada, sob pena de admitir-se que a norma inválida produza efeitos no mundo jurídico (BARROSO, 2008, p. 201). Vale a pena lembrar que esta autorização da reconstituição encontra-se expressamente prevista na Constituição Portuguesa (CLÈVE, 2000, p. 249).

5.2.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi uma inovação trazida pela Constituição de 1988. Inicialmente prevista no parágrafo único do artigo 102, com o advento da Emenda Constitucional n. 3/1993 o instituto foi remanejado para o parágrafo 1º do mesmo artigo, sem, contudo, que lhe fosse promovida qualquer modificação em sua redação, que continuou da seguinte forma: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Desde a sua criação em 1988 até o advento da Lei n. 9.882/1999 o instituto permaneceu sem qualquer regulamentação legal. Por esse motivo, conforme taxativamente mencionado no julgamento do Agravo Regimental em Petição n. 1.140-7, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que enquanto não houvesse lei estabelecendo a forma de processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, não haveria como o Tribunal apreciá-la. Com a promulgação da lei mencionada, entretanto, o instituto foi enfim regulamentado e o Supremo Tribunal

¹⁸⁷ Segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 471), a cláusula – prevista também no artigo 11 da Lei 9.882/1999, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental – provocou uma “alteração anômala na tradição constitucional brasileira, uma vez que, por ela, uma lei inconstitucional pode continuar tendo efeitos válidos mesmo depois do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo STF. Isto é grave porque significa que em dado momento poderá prevalecer a lei ordinária e não a Constituição, o que fere de morte o princípio da supremacia da Constituição. Imaginemos quanto isto é temerário em se tratando de medidas provisórias, que nem sequer contam, na sua edição, com a participação do Poder Legislativo. Além disso, as justificativas dadas pelas leis para que o Tribunal restrinja ou adie os efeitos da inconstitucionalidade induzem a uma politização mais acentuada nas suas decisões. Estas polêmicas questões bem podem estar indicando uma ruptura no sistema jurisdicional brasileiro”.

Federal passou a admiti-lo (muito embora com algumas ressalvas, pois foram criados requisitos e pressupostos que acabaram por retirar-lhe, novamente, parte da efetividade).

Segundo Luis Roberto Barroso (2008, p. 263-264), a doutrina tem extraído da Lei n. 9.882/1999 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental, quais seja, (i) a arguição autônoma e (ii) a arguição incidental. Aquela tem a sua previsão no *caput* do seu primeiro artigo, acima mencionado; já a segunda decorre do parágrafo único do dispositivo mencionado, segundo o qual “cabera também ação arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, combinado com o artigo 6º, parágrafo 1º, da mesma lei, em que consta a possibilidade do relator “ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição”, requisitando informações adicionais, designando peritos para que emitam pareceres sobre a questão ou, ainda, fixando data para declarações, em audiências públicas, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Ainda, a primeira exige (i) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, (ii) a ameaça ou violação a preceito fundamental e (iii) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la (BARROSO, 2008, p. 264). Já a segunda pressupõe (i) a existência de um litígio já submetido ao Poder Judiciário, (ii) a subsidiariedade, (iii) a ameaça ou lesão a preceito fundamental, (iv) a necessidade de que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e (v) que se trate de lei ou ato normativo, e não qualquer ato do Poder Público (BARROSO, 2008, p. 264-265).

Gisela Maria Bester (2005, p. 465-466), contudo, não admite a arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, principalmente porque isso criaria uma incompatibilidade na legitimidade ativa, já que qualquer um em tese poderia manejá-la, situação esta incompatível com o artigo 2º, inciso I, da Lei n. 9.882/1999¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Além disso, a autora (BESTER, 2005, p. 465-466) nega a possibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental com base nos seguintes argumentos: “Embora muitos autores queiram fazer prevalecer a possibilidade de uma ADFP também incidental, isto não procede. Primeiro porque o termo ‘também’ do parágrafo único do art. 1º da Lei (cabera também) deve ser interpretado conforme a Constituição, a qual previu a ADFP no contexto do modelo abstrato/concentrado de controle, não na via difuso-concreta, como aliás já se vê no primeiro voto do relator da ADI 2.231 (que questiona a constitucionalidade da lei na íntegra). Em segundo lugar, porque a expressão ‘se for o caso’ do inc. V do art. 3º da Lei indica apenas ‘um mero coadjuvante de procedibilidade’ da petição inicial, conforme atestam Sylvio Motta e William Douglas. A regra do § 3º

A competência para o seu julgamento é do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal¹⁸⁹). A legitimidade ativa, por sua vez, pertence aos mesmos sujeitos legitimados para a propositura das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade¹⁹⁰. Porém, não era para ter sido dessa forma. Conforme Luis Roberto Barroso (2008, p. 261), em sua concepção original, consubstanciada no Projeto de Lei n. 17/1999 – 2.872/1999 na Câmara dos Deputados –, aprovada pelo Congresso Nacional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental tinha dupla função institucional: (i) a de instrumento de governo, materializada na possibilidade de os legitimados do artigo 103 alçarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões sensíveis, envolvendo o risco ou a lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional, e; (ii) a de instrumento de cidadania, de defesa dos direitos fundamentais, ao admitir a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

Esta proposta – nitidamente influenciada pela experiência alemã da Queixa Constitucional e na espanhola do Recurso de Amparo, em que qualquer pessoa é titular para socorrer-se diretamente ao Tribunal Constitucional (BESTER, 2005, p. 469) – vinha disciplinada no artigo 2º, inciso II, do Projeto mencionado. Contudo, o Presidente da República houve por bem vetá-lo a pretexto de evitar o acesso desmedido ao Supremo Tribunal Federal, veto este mantido pelo Congresso

do art. 5º da Lei também se refere a um verdadeiro incidente em processo em curso, e já teve liminar deferida para a suspensão de sua eficácia. [...] Este dispositivo, somado ao do parágrafo único do art. 1º da Lei, teve a pretensão de criar, por legislação infraconstitucional, uma nova espécie no controle de constitucionalidade concentrado brasileiro, o que já não está disponível ao legislador ordinário, até porque viola o princípio do juiz natural e com isso atenta contra o modelo difuso de controle” (BESTER, 2005, p. 465-466).

¹⁸⁹ “A Constituição Federal não previu a argüição no âmbito dos Estados-membros – como fez com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º) –, mas, a exemplo do que se passa com a ação direta de constitucionalidade, pode ser instituída pelo constituinte estadual, com base no princípio da simetria com o modelo federal. Sua importância, todavia, será limitada, por pelo menos duas razões: (i) os preceitos fundamentais deverão de ser os que decorrem da Constituição Federal; (ii) os atos municipais e os estaduais já são passíveis de ADPF federal. Portanto, a argüição em âmbito estadual não terá nem paradigma nem objeto próprio. Ignorada pela maioria dos Estados, foi instituída em alguns deles, como Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e Alagoas” (BARROSO, 2008, p. 280-281).

¹⁹⁰ “Faz-se mister, todavia, ponderar que a Lei nº 9.882/1999 não conferiu legitimidade aos Prefeitos Municipais, nem tampouco às mesas de Câmaras Municipais ou a qualquer entidade pública ou privada de âmbito municipal, para manejarem o novo instrumento. Resta saber a quem interessará deflagrar, via argüição de descumprimento de preceito fundamental, a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais” (BINENBOJM, 2001, p. 194).

Nacional¹⁹¹. Com isso, esvaziou-se significativamente o conteúdo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, inicialmente proposta com um meio para o pleno exercício da cidadania (BESTER, 2005, p. 469)¹⁹². Dessa forma, apenas os legitimados do artigo 103 da Constituição podem manejá-la, razão pela qual o veto limitou sobremaneira a utilidade da medida. Por sua vez, a legitimidade passiva pertence ao órgão ou agente ao qual se imputa a violação do preceito fundamental.

Já em relação ao seu objeto, de acordo com o primeiro artigo da Lei n. 9.882/1999, a argüição de descumprimento de preceito fundamental – ação do tipo principal ou autônoma, integrante do modelo concentrado de controle de constitucionalidade (BESTER, 2005, p. 465) – visa a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Tal previsão tem gerado controvérsias sobre o seu sentido e alcance, pois apesar de muitas especulações não há na doutrina uma definição acerca do alcance da expressão preceito fundamental. De fato, talvez buscando deixar uma ampla margem de discricionariedade para o Supremo Tribunal Federal¹⁹³, nem a Constituição e tampouco a lei que a regulamentou “cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução ‘preceito fundamental’, transferindo tal tarefa para a especulação da

¹⁹¹ Com efeito, o veto foi amparado nas seguintes razões: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual, ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade o objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvidas não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção de controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania” (BARROSO, 2008, p. 262).

¹⁹² “Embora tenha sido anunciado como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão, inspirado no recurso constitucional alemão (Lei Fundamental de Bonn, art. 93, I, 4 e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, art. 90, 2) e no recurso de amparo espanhol (Constituição de Espanha, art. 161, I e 162, I, “b” e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, arts. 41 e segs.), a verdade é que a argüição brasileira, tal como regulamentada pela Lei n° 9.882/99 (sobretudo após os vetos do Presidente da República ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional) ficou mais para advocatária do que para ação constitucional do cidadão” (BINENBOJM, 2001, p. 189).

¹⁹³ Para Gustavo Binenbojm (2001, p. 190), o conceito não é delimitado nem pela Constituição e tampouco pela Lei que a regulamentou, sendo que, ao que parece “a idéia foi deixar para o Supremo Tribunal Federal uma ampla margem de discricionariedade para estabelecer o parâmetro constitucional do controle a ser exercido no âmbito do novo instrumento. Será necessário que a Corte estabeleça uma hierarquia axiológica entre os dispositivos formalmente constitucionais – já que inexistente hierarquia formal – a fim de que se possa chegar àqueles considerados integrantes do seletorol de preceitos fundamentais”.

doutrina e a casuística da jurisprudência” (BARROSO, 2008, p. 266). Apesar disso, é possível afirmar que o conceito de preceito fundamental gravita em torno de um núcleo normalmente vinculado aos direitos e garantias individuais, às cláusulas pétreas e aos princípios sensíveis, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33/PA¹⁹⁴. Seu conceito, portanto, não engloba todo o rol de direitos individuais contidos no artigo 5º, e menos ainda o dos direitos sociais contidos no artigo. 7º, sendo estes tuteláveis por outros instrumentos, conforme assevera Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1992, p. 116). Ou seja, tem o instrumento um âmbito de abrangência menor que o da ação direta de inconstitucionalidade, pois nestas o parâmetro é qualquer norma formalmente constitucional, ao passo que na arguição de descumprimento fundamental cabem apenas as normas qualificadas, por sua estatura, como “preceitos fundamentais” (BINENBOJM, 2001, p. 190).

De qualquer forma, ainda em relação ao objeto, podem ser objeto do pedido os seguintes atos: (i) atos do Poder Público e atos privados que lhe sejam equiparados, como, por exemplo, aqueles praticados por entidades privadas que agem mediante delegação do Poder Público; (ii) atos normativos, assim considerados como aqueles dotados dos atributos de generalidade, abstração e obrigatoriedade, destinados a reger a vida social; (iii) direito federal, estadual e municipal; (iv) direito pré-constitucional; (v) atos infralegais; (vi) atos administrativos; (vii) atos jurisdicionais; (viii) omissões legislativa (BARROSO, 2008, p. 284-293).

Já caminhando para o final, o processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental depende de pressupostos genéricos - descumprimento de preceito fundamental e inexistência de outro meio idôneo (subsidiariedade)¹⁹⁵ – e

¹⁹⁴ Para Luis Roberto Barroso (2008, p. 267), embora “conserva a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.). Aqui se travará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrentes diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos sensíveis (art. 34, VII), que aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal”.

¹⁹⁵ Não bastasse, reduzindo ainda mais as possibilidades de processamento com êxito de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, o instituto é regido pelo princípio da

específicos – relevância da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo (BARROSO, 2008, p. 266-281). O procedimento, como visto, é regido pela Lei n. 9.882/1999. A petição inicial deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado, devendo, ainda, estar acompanhada de procuração e documentos (artigo 3º, incisos I, II, III, IV e V, e parágrafo único).

Ainda, é facultada a elaboração de pedido liminar, cabendo ao Supremo Tribunal Federal deferi-lo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ouvindo, se for o caso, os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado Geral da União ou o Procurador-Geral da República (artigo 5º, parágrafos 1º e 2º). A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento do processo ou os efeitos das decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (artigo 5º, parágrafo 3º). Apreciado o pedido liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela praticado ato questionado, no prazo de dez dias, facultando-lhe ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição ou requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria ou, ainda, autorizar a sustentação oral e a juntada de memoriais, por requerimento dos interessados (artigo 6º, parágrafos 1º e 2º).

Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. A decisão será tomada por maioria simples dos presentes, exigindo-se um quórum mínimo de oito Ministros (artigo 8º). Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática do ato questionado, fixando-lhe as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (artigo 10). Segundo Luis Roberto

subsidiariedade, acima mencionado, segundo o qual não há como utilizá-la até que se esgotem todos os meios jurídicos capazes de sanar a lesividade (artigo 4º, Lei 9.882/1999). Contudo, é forçoso admitir que sempre haverá qualquer outro meio para saná-la, “seja habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança individual ou coletivo, ação popular, ADI por ação, ADI por omissão, ADC, Representação para fins de Intervenção Federal” (BESTER, 2005, p. 468)

Barroso (2008, p. 299-300), se a argüição tiver resultado de um ato normativo, os efeitos objetivos da decisão serão análogos aos de uma declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, havendo a possibilidade de modulação dos seus efeitos. Em se tratando de ato administrativo, como disposição do edital de licitação ou de concurso público, por exemplo, “se acolhido o pedido deverá ela ser retirada do regime jurídico do certame, ou, se este já tiver ocorrido, poderá ser declarado nulo” (BARROSO, 2008, p. 299).

No que diz respeito aos seus efeitos, a decisão proferida na argüição de descumprimento de preceito fundamental tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público. Ao prever que a decisão proferida seria dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente “aos demais órgãos do Poder Público”, ao invés de efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, como previsto no artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e do artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999, a lei propicia, numa “primeira leitura, a conclusão de que até o Poder Legislativo fica vinculado à decisão proferida em uma ADPF, isto conforme se considere este poder como um órgão do poder publico ou não” (BESTER, 2005, p. 470).

Contudo, essa é uma impressão passageira, pois acima foi mencionado que o efeito vinculante não atinge o Poder Legislativo¹⁹⁶. De qualquer forma, é interessante notar que autores filiados à tese da limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão parecem admitir a transcendência para os motivos ou fundamentos determinantes no caso da decisão proferida na argüição de descumprimento de preceito fundamental. É o caso, por exemplo, de Luis Roberto Barroso (2008, p. 298-299), para quem em determinadas hipóteses inequívocas, a “vinculação deva se estabelecer em relação à tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à matéria objeto da argüição, de modo a colher todas as situações idênticas”. Em nota de rodapé, o autor (BARROSO, 2008, p. 299) afirma que o conceito de tese jurídica é menos abrangente que motivo ou fundamento

¹⁹⁶ “De fato, o Poder Legislativo é o órgão legislativo por excelência, porque exerce a função jurídica legislativa do Estado, mas não parece adequado considerá-lo vinculado em sua função criadora de normas por decisão que venha de um dos outros poderes públicos, eis que isso feriria o princípio da separação dos Poderes. Ademais, se o texto constitucional, ainda que por obra do poder reformado, o deixou de fora desta vinculação na única cláusula que contém a respeito do efeito vinculante (§ 2º do art. 102 da CF), é lógico que o poder legislativo ordinário não o poderia ter incluído em tal restrição, ainda que fosse para preservar o princípio da supremacia da Constituição” (BESTER, 2005, p. 470).

determinante da decisão. No entanto, admite como sendo vinculação à tese um típico exemplo de vinculação aos motivos ou fundamentos determinante da decisão, qual seja, se o Supremo Tribunal Federal afirmar, num processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, qual a lei “X” do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU progressivo é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais (BARROSO, 2008, p. 299). Essa mesma situação é utilizada por Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 142) para exemplificar a transcendência aos motivos determinantes da decisão.

Finalmente, é importante frisar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental estabeleceu uma ponte entre as decisões proferidas em sede de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, pois em se admitindo a sua forma incidental – como de fato vem sendo admitido pelo Supremo Tribunal Federal –, também estas últimas passam a ter eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes¹⁹⁷. A propósito, André Ramos Tavares (2004, p. 60) afirma que uma das grandes vantagens da argüição de descumprimento de preceito fundamental está na possibilidade de transformar em pronunciamento com eficácia *erga omnes* a decisão que, *per se*, seria uma pura e simples *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidade com eficácia limitada ao caso concreto.

5.2.4 A interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

Ainda, de acordo com o parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/1999, além da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, também a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e

¹⁹⁷ Essa questão foi abordada na Reclamação n. 4.335-5, adiante melhor analisada, segundo a qual o “advento da Lei 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental”.

efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Apesar de estas duas técnicas – chamadas de sentenças interpretativas (MEYER, 2008, p. 31) – não estarem expressamente previstas no texto da Constituição, é certo que ambas integram a jurisdição constitucional brasileira, sobretudo na conceituação ampla defendida no item 3.1.1, acima. Por isso, considerando que tais decisões também vinculam, convém tecer alguns comentários a seu respeito.

Em primeiro lugar, a interpretação conforme a Constituição é mencionada no contexto da Lei n. 9.868/1999 não como simples método interpretativo – tais como os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático –, mas sim como princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, sem que isso implique, contudo, numa confusão com a extinta Representação Interpretativa¹⁹⁸. De um modo geral, a interpretação conforme a Constituição visa a estabelecer um padrão interpretativo que seja compatível com o texto constitucional, tudo para manter no ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo pretensamente inconstitucional, mas que deixa de sê-lo a partir do momento em que lhe é atribuída a interpretação fixada pelo órgão responsável para tanto, na hipótese brasileira, o Supremo Tribunal Federal¹⁹⁹. Assim, após fazer uma extensa análise das possíveis interpretações da lei ou do ato normativo questionado, o órgão encarregado de delimitar a interpretação exclui aquelas contrárias à Constituição e fixa aquela que não a contraria. Por isso, o instrumento não funciona como simples técnica de interpretação, mas sim como verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade, pois declara a inconstitucionalidade de uma determinada

¹⁹⁸ Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na paradigmática Representação de Inconstitucionalidade n. 1.447-7, de relatoria do Ministro Moreira Alves: “O princípio da interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. [...] Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme a Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta”.

¹⁹⁹ “Denominada *versassungskonforme Auslegung* pelo *Bundesverfassungsgericht*, a interpretação conforme a Constituição visa a estabelecer no ordenamento jurídico uma interpretação que seja compatível com a Constituição; a lei deixa de ser declarada inconstitucional em virtude de o órgão judicial determinar uma interpretação desta que seja compatível com a Constituição. Trata-se de construção jurisprudencial do tribunal alemão, não havendo previsão legal para a sua existência no direito tedesco, ao contrário do que ocorre com o nosso ordenamento jurídico. Assim, desde a institucionalização daquele tribunal, houve já o recurso a essa modalidade de sentença interpretativa, sempre com o intuito de manter no sistema jurídico uma lei ordinária inquinada da pecha de inconstitucionalidade, mas que poderia sobreviver a tal teste desde que interpretada em conformidade com a Constituição” (MEYER, 2008, p. 41).

interpretação da lei ou do ato normativo em questão²⁰⁰. É importante frisar que o texto legal permanece íntegro, porém a sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal. Se bem utilizada, o instrumento tem o condão de preservar a separação de poderes; do contrário, se utilizado de forma indiscriminada, substituindo-se a vontade do legislador pelo capricho do julgador, inverte-se a lógica do sistema e buscando salvaguardar a lei ou o ato normativo impugnado, mantêm-se no ordenamento jurídico normas manifestamente inconstitucionais (BONAVIDES, 2005, p. 519-520).

Analisando a interpretação conforme a Constituição, Luis Roberto Barroso (2001, p. 189) fixa as suas principais características, quais sejam, (i) trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que mantenha-se em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas admitidas; (ii) a interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto; (iii) além da escolha de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outras interpretações possíveis, que conduzem a resultados contrastantes com a Constituição, e; (iv) via de conseqüência, a interpretação conforme a Constituição não funciona como mero preceito hermenêutico, mas sim como mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal. No entanto, é importante frisar que essa escolha da interpretação conforme a Constituição não é absolutamente livre, pois deve guardar obediência ao sentido inequívoco conferido pelo Poder Legislativo. É dizer, a interpretação não pode ser claramente contrária ao que está escrito na lei ou no ato normativo. Se a pretexto de salvá-la o órgão Supremo Tribunal Federal tiver que aviltar o que está escrito, como se legislador

²⁰⁰ “Freqüentemente, o princípio enseja que se afirme a compatibilidade de uma lei com a Constituição, com exclusão expressa de outras possibilidades interpretativas, reputadas inconstitucionais. Visto pelo lado positivo, a conseqüência que engendra é, sem dúvida, a preservação da norma. Mas, pelo lado negativo, tem um caráter invalidatório, sendo acertada sua equiparação a uma declaração de nulidade sem redução de texto, como fazem autores alemães, a despeito da crítica de cunho teorizante de Bryde. Porque assim é, a interpretação conforme a Constituição funciona também como um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como bem perceberam os publicistas alemães e, especialmente, o Tribunal Constitucional Federal, quando o Judiciário condiciona a validade da lei a uma determinada interpretação ou declara que certas aplicações não são compatíveis com a Constituição está, em verdade, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação (Auslegungsmöglichkeiten) ou de outras possíveis aplicações (Anwendungsfälle)” (BARROSO, 2001, p. 190-191).

positivo fosse, então a única saída possível será declarar a sua inconstitucionalidade²⁰¹.

O expediente da interpretação conforme a Constituição pode ser utilizado tanto na ação direta de inconstitucionalidade quanto na ação declaratória de constitucionalidade. Se empregada na primeira, contudo, a consequência lógica é a improcedência do pedido, pois logrou o Supremo Tribunal Federal encontrar uma interpretação adequada ao texto constitucional; se empregada na segunda, pode ser que o pedido venha a ser julgado inteiramente procedente ou somente parcialmente procedente, acaso se conclua pela concomitância de interpretações conforme a Constituição e de interpretações que lhe sejam contrárias. De qualquer forma, é importante lembrar que nas ações declaratórias de constitucionalidade apenas podem ser questionadas leis e atos normativos federais, ao passo que na ação direta de inconstitucionalidade também é possível analisar a legislação estadual.

Em ambos os casos a decisão terá eficácia *erga omnes* e será dotada de efeito vinculante, impondo tanto os demais órgãos do Poder Judiciário quanto à Administração Pública federal, estadual e municipal a observância à interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, tudo em conformidade com o artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999. No entanto, autores como Emílio Peluso Neder Meyer (2008, p. 61) questionam o efeito vinculante conferido pelo dispositivo legal ante a diminuição do âmbito de abrangência da norma e do consequente enclausuramento da interpretação da Constituição. Para o autor (MEYER, 2008, p. 62), não há como estabelecer um efeito vinculante para a decisão que fixa uma interpretação conforme a Constituição, pois o máximo que o Supremo Tribunal Federal pode fazer é estabelecer uma determinada hipótese normativa em que a lei ou o ato possam ser considerados válidos perante a Constituição, sem que isso vede aos demais membros do Poder Judiciário a possibilidade de adotarem interpretações (constitucionais) divergentes.

No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck (2002, p. 486) e Jorge Miranda (1996, p. 265-266) negam qualquer possibilidade de uma decisão fixar, com efeito vinculante,

²⁰¹ Como consignado na paradigmática Representação de Inconstitucionalidade n. 1.417-7/DF, a aplicação da interpretação conforme a Constituição sofre “restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o S.T.F. – em sua função de Corte Constitucional – não atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, em criação da norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”.

uma única interpretação possível. Ainda, também em Luis Roberto Barroso (2008, p. 195-196), é possível encontrar uma tendência à negação do efeito vinculante na interpretação conforme a Constituição²⁰². Apesar disso, a literalidade da lei assegura o efeito vinculante para a interpretação conforme a Constituição, havendo, ainda, quem a prestigie, como é o caso de Valmir Pontes Filho (2001, p. 117), para quem é absolutamente normal o Supremo Tribunal Federal reconhecer dentre várias interpretações possíveis a mais adequada. De qualquer forma, todas essas dúvidas são oponíveis ao controle concentrado de constitucionalidade, não havendo qualquer ressalva à sua utilização no controle difuso (MENDES 1999, p. 279)²⁰³.

Semelhante discussão pode ser travada no contexto da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, também chamada de declaração de nulidade sem redução de texto ou, ainda, de declaração de nulidade parcial qualitativa (*qualitative Teilnichtigerklärung ohne Noremtextreduzierung*) (MEYER, 2008, p. 65). A princípio, tal técnica de controle de constitucionalidade confunde-se com a própria interpretação conforme a Constituição, pois ela também preserva o texto da lei ou do ato normativo questionado a partir da fixação de uma linha interpretativa que passa a ser de observância obrigatória para os demais membros do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta, nas suas três esferas de representatividade. Ou seja, de acordo com Emílio Peluso Neder Meyer (2008, p. 65), a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto tem o condão de retirar do ordenamento jurídico apenas aquelas disposições que não se mostram consentâneas com a Constituição, sem que seja necessária uma

²⁰² Luis Roberto Barroso (2008, p. 195-196) dá semelhante solução para o caso. O autor (BARROSO, 2008, p. 195-196) parte da premissa segundo a qual a interpretação conforme à Constituição é gênero, do qual são espécies (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes, (ii) a declaração de não-incidência da norma a uma determinada situação de fato e (iii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e na afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. “Pois bem: no primeiro caso, em que há a mera declaração de uma interpretação, sem exclusão expressa de outras, não há que se falar em efeito vinculante. Não assim, porém, nas duas últimas hipóteses: juízes e tribunais não poderão aplicar a norma a uma situação de fato que tenha sido excluída da sua incidência pelo Supremo Tribunal Federal, nem tampouco dar à norma uma interpretação que haja sido por ele declarada inválida” (BARROSO, 2008, p. 195-196).

²⁰³ Ainda, segundo Lenio Luiz Streck (2002, p. 486), “a interpretação conforme à Constituição, como bem lembram Miranda e Canotilho, parece mais se adaptar ao controle concreto que ao controle concentrado, uma vez que é a situação do caso a ser examinado que demandará esta ou aquela interpretação. Absolutamente correto os mestres portugueses, uma vez que a decisão resultante de uma interpretação conforme coloca no mundo jurídico um sentido positivo/assertório do texto, que, evidentemente, não pode ter o condão de impedir outros sentidos que podem exsurgir do mesmo texto”.

modificação na expressão literal da lei ou do ato normativo questionado. Contudo, é possível identificar algumas nuances que lhe diferenciam da interpretação conforme a Constituição. De um modo geral, nesta a lei mantém as suas hipóteses de aplicação, limitando-se o Tribunal a declarar quais interpretações não são compatíveis com o texto constitucional e quais encontram-se conforme o texto constitucional. Na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, contudo, a lei ou o ato normativo não subsistem sem que sejam determinadas quais as hipóteses em que ela possa ser aplicada e quais as hipóteses previstas no seu texto que devam ser excluídas. Para exemplificar, Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 276) menciona as leis que instituem tributos sem observar o princípio da anterioridade, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (conforme artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal)²⁰⁴. Desse ponto de vista, as leis são manifestamente inconstitucionais. Todavia, ultrapassado o exercício financeiro na qual foram publicadas elas continuariam a sê-lo? Em se entendendo que não, a declaração de inconstitucionalidade sem redução pode perfeitamente ser utilizada, fixando a inconstitucionalidade da lei apenas no lapso temporal em que os tributos não poderiam ser cobrados, conforme artigo 10, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, após o que a lei passaria a ser normalmente aplicada. Assim, ao mesmo tempo em que exclui as interpretações contrárias à Constituição fixa a interpretação cabível, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto exclui determinadas hipóteses de aplicação da lei ou do ato normativo, razão pela qual não há como equipará-la à interpretação conforme a Constituição (nada obstante os seus efeitos sejam muito parecidos do ponto de vista prático)²⁰⁵. Apesar disso, o

²⁰⁴ “Não raro constata o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da cobrança de tributos sem a observância do princípio da anterioridade (Constituição de 1946, art. 141, § 34; Constituição de 1967/69, art. 153 § 29; Constituição de 1988, art. 150, III, *b*). Dessarte, firmou-se orientação sumulada segundo a qual ‘é inconstitucional a cobrança de tributo que houvesse sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro’ (Súmula 67). Como se vê, essas decisões não levam, necessariamente, à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro” (MENDES, 1999, p. 276).

²⁰⁵ Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 286), ainda que não se possa negar a semelhança e a proximidade da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, “é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”.

Supremo Tribunal Federal vem aplicando ambos os institutos como se equivalentes fossem²⁰⁶.

De qualquer forma, em relação aos seus efeitos, viu-se que de acordo com o parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/1999, a decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Para Lenio Luiz Streck (2002, p. 441), ambas as técnicas enquadram-se na concepção de justiça constitucional entendida sob a ótica do Estado Democrático de Direito, em que a função do Poder Judiciário ultrapassa – como já mencionado – a noção de mero legislador negativo e assume seu papel transformador. Ainda, prossegue o autor (STRECK, 2002, p. 442) afirmando que os citados institutos representam importantes mecanismos de correção tanto da atividade legislativa quanto das do Poder Executivo ou mesmo do Poder Judiciário, principalmente de sua função excessivamente intervencionista. Apesar disso o autor (STRECK, 2002, p. 486) nega a possibilidade de atribuição de efeito vinculante à interpretação conforme a Constituição, pois, no seu entender, esta é um modo hermenêutico de resolução de problemas exurgente da plurivocidade sígnica dos textos normativos. Adiante, completa que aceitar “o efeito vinculante da interpretação conforme é aceitar que, em face de várias interpretações, o Tribunal possa impor ao sistema aquela (única) que considera a correta” (STRECK, 2002, p. 486). Semelhante raciocínio é aplicado para o efeito vinculante decorrente da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em sua concepção (STRECK, 2002, p. 486), neste caso, somente é vinculante a parte da decisão que declara a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo, sendo que a parte não declarada inconstitucional não pode gerar efeitos vinculantes.

De um modo geral, essas são as decisões vinculantes, em matéria de jurisdição constitucional no Brasil. Nada obstante, não é demais abordar as súmulas instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, sobretudo porque exige-se reiteradas decisões – tomadas, via de regra, em sede de Recurso Extraordinário – no sentido da tese a ser sumulada.

²⁰⁶ “Como outrora mencionado, o Supremo Tribunal Federal ainda precisa traçar maiores diferenças quando da aplicação de decisões de interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Não poucas vezes, nosso tribunal maior costuma dar interpretação conforme a Constituição sem redução de texto – ou seja, a aferição da técnica utilizada precisa ser investigada caso a caso” (MEYER, 2008, p. 66).

5.2.5 As súmulas vinculantes

De fato, nenhum trabalho sobre vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal é completo sem uma análise, mesmo que perfunctória, das súmulas vinculantes, festejadas por alguns e odiada por outros²⁰⁷. Além de ter padronizado o efeito vinculante para as decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou ao texto da Constituição o artigo 103-A, segundo o qual após reiteradas decisões sobre matéria constitucional o Supremo Tribunal Federal está autorizado, de ofício ou por provocação, a aprovar mediante voto de no mínimo dois terços dos seus membros súmula com efeito vinculante tanto para os demais órgãos do Poder Judiciário quanto para a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, podendo, ainda, proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ainda, de acordo com o parágrafo 1º do dispositivo mencionado, tais súmulas terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Mais adiante, o parágrafo subsequente estabelece que, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes poderá ser provocada pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, cuja discriminação encontra-se nos incisos I a IX do artigo 103 da Constituição Federal. Finalmente, o terceiro parágrafo do artigo 103-A previu a reclamação ao Supremo Tribunal Federal como meio de impugnar o ato administrativo ou a decisão judicial que contrariar a súmula aplicável, ou que indevidamente aplicá-la, estabelecendo

²⁰⁷ “Na doutrina, encontramos os seguintes defensores da adoção da ‘súmula vinculante’ no Brasil: André Ramos Tavares, Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Aurélio Mota de Sousa, Carreira Alvim, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Mário da Silva Velloso, Ives Gandra da Silva Martins, José Augusto Delgado, José Achieta da Silva, Miguel Reale, Raul Horta Machado, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saulo Ramos, Sepúlveda Pertence, Teresa Arruda Alvim Wambier. [...] Contrários à adoção da ‘súmula vinculante’ no Brasil são Dalmo Dallari, Djanira Maria Radamés de Sá, Evando Lins e Silva, José Celso de Mello Filho, Lenio Streck, bem como a posição do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil” (COSTA, 2003, p. 307). Ainda, um ótimo resumo dos argumentos favoráveis e contrários à súmula vinculante podem ser encontrados em Izaías José de Santana (2008, p.164-169).

que no caso da sua procedência o ato administrativo será anulado e a decisão judicial será cassada, hipótese na qual outra deverá ser proferida em seu lugar.

Apesar de haver quem sustentasse que as súmulas desde logo poderiam ser aprovadas (SANTANDER; SORMONI, 2006, p. 129), cerca de dois anos após foi editada a Lei n. 11.417/2006 regulamentando o dispositivo em questão. Esta, de um modo geral, praticamente repetiu os termos do dispositivo incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, acrescentando algumas pequenas alterações, tais como (i) a necessidade de oitiva do Procurador-Geral da República previamente à edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante (artigo 2º, parágrafo 2º); (ii) o acréscimo de novos legitimados para propor a sua edição, revisão ou cancelamento (artigo 3º); (iii) a possibilidade de manifestação de terceiros no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (artigo 3º, parágrafo 2º); (iv) a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da súmula vinculante (artigo 4º). No mais, as disposições da lei praticamente reiteraram os termos do artigo 103-A da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

De acordo com o regramento acima, a competência para aprovar, rever ou cancelar as súmulas vinculantes é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Já a competência para propor a aprovação, a revisão, ou o cancelamento das súmulas vinculantes pertence aos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade²⁰⁸, quais sejam, (i) o Presidente da República, (ii) a Mesa do Senado Federal, (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados, (iv) a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, (v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal, (vi) ao Procurador-Geral da República, (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, (viii) os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e (ix) as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, tudo em conformidade com o artigo 103-A,

²⁰⁸ Questão interessante é saber se a pertinência temática, requisito de conhecimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, segundo o qual alguns autores devem comprovar a relação existente entre o ato normativo impugnado e as suas atividades institucionais, será aplicada também no contexto das súmulas vinculantes. Para Alexandre Sormoni e Nelson Luis Santander (2006, p. 144), é bem possível que o Supremo Tribunal Federal venha exigí-la também no contexto das súmulas vinculantes. Para Lenio Luiz Streck (2005, p. 161), tradicionalmente contrário às súmulas vinculantes, parece razoável aplicar a tese da pertinência temática também no que diz respeito ao procedimento de aprovação, revisão ou cancelamento das mesmas.

parágrafo 2º, da Constituição²⁰⁹. Ainda, de conformidade com a regulamentação conferida pelo artigo 3º, da Lei n. 11.417/2006, também (x) o Defensor Público-Geral da União e (xi) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares estão legitimados para tanto²¹⁰. Além disso, muito embora esta previsão não esteja expressamente prevista no artigo 103-A ou na Lei que a regulamentou, assim como já ocorria no regime das antigas súmulas, qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal também é parte legítima para propor a aprovação, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes, opinião compartilhada por Lenio Luiz Streck (2005, p. 161). Se a iniciativa ocorrer no curso de um julgamento, seja ele decorrente da sua competência originária ou recursal, o feito poderá ficar sobrestado até a ulterior deliberação do Plenário. De qualquer forma, nada impede que fora de um julgamento possa ser sugerida a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula, mediante a formulação de pedido de natureza meramente administrativa junto ao mesmo Plenário²¹¹.

Ainda, de acordo com o *caput* do artigo 103-A da Constituição e com o artigo 2º da Lei n. 11.417/2006, exige-se que as súmulas vinculantes disponham sobre matéria constitucional. Nada mais natural, considerando que o Supremo Tribunal Federal é o guardião por excelência da Constituição. Ademais, se ao Supremo Tribunal Federal fosse dada a prerrogativa de editar súmulas dispondo sobre qualquer matéria, aquele papel de guardião da Constituição ao qual acima se fez expressa referência restaria completamente desvirtuado. É conveniente notar que o Supremo Tribunal Federal possui, hoje, súmulas dispondo sobre matéria infraconstitucional. É o caso, por exemplo, das súmulas nº. 449²¹², 641²¹³ e 649²¹⁴.

²⁰⁹ Por rigor metodológico, o legislador constituinte derivado deveria ter mencionado no parágrafo segundo do artigo 103-A da Constituição, também, os legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade. Isso porque a mesma Emenda Constitucional equiparou a legitimação ativa dessas duas ações, suprimindo o parágrafo quarto do artigo 102 e fazendo expressa referência no seu *caput*, nesse sentido.

²¹⁰ A propósito, o “aumento do rol de legitimados é, como se vê, extremamente desejável, seja pelo que pode contribuir para a democratização do novo instituto jurídico, seja para que se torne mais uma medida válida para enfrentar e prevenir a esclerose do sistema jurídico pátrio” (SANTANDER; SORMONI, 2006, p. 132).

²¹¹ Alexandre Sormoni e Nelson Luis Sormoni (2006, p. 137-138) distinguem a competência e a iniciativa, dizendo que aquela pertence ao Supremo Tribunal Federal ao passo que esta pertence aos legitimados acima mencionados.

²¹² “O valor da causa, na consignatória de aluguel, corresponde a uma anuidade”.

²¹³ “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”.

Dentro da sistemática recém-introduzida pela Emenda n. 45/2004, tais súmulas jamais poderiam receber o caráter vinculante, uma vez versarem sobre matéria não constitucional. Isso leva a crer que atualmente coexistem no ordenamento jurídico nacional súmulas vinculantes (aquelas aprovadas de acordo com o que dispõe o artigo 103-A da Constituição cumulado com a Lei n. 11.417/2006) e súmulas não-vinculantes (aquelas já existentes, aprovadas antes da Emenda Constitucional nº. 45 e da Lei n. 11.417/2006, ou aquelas aprovadas a partir de então por maioria simples, já que, a princípio, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal não foi revogado nesse ponto). Estas, em tese, apenas passariam a ter efeitos vinculantes acaso fossem submetidas à nova apreciação, agora de acordo com a recente sistemática²¹⁵. Contudo, às atuais súmulas nº. 449, 641 e 643 jamais poderá ser conferido o atributo da vinculação, mesmo se novamente levadas à votação, independentemente de estarem preenchidos os demais requisitos necessários, uma vez que todas elas versam sobre matéria infraconstitucional, sem qualquer reflexo no Texto Maior. Apesar disso, todas elas continuam integrando o ordenamento jurídico, muito embora sem o atributo da vinculação, como se súmulas não-vinculantes – ou de segundo nível (STRECK, 2005, p. 188) – fossem.

Para que as súmulas vinculantes sejam aprovadas, não basta apenas que as matérias nelas veiculadas digam respeito à Constituição Federal. É necessário, ainda, que tais matérias tenham sido enfrentadas repetidas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, já que o *caput* do artigo 103-A – complementado pelo artigo 2º da Lei n. 11.417/2006 – expressamente consigna a necessidade de reiteradas decisões sobre o assunto que se quer sumular²¹⁶. Dessa forma, será ilegítima (ou inconstitucional?) a súmula aprovada após uma única, ou poucas, decisões sobre a

²¹⁴ “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinalado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

²¹⁵ Conforme o artigo 8º da Emenda Constitucional nº. 45, segundo o qual as “atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

²¹⁶ “O objetivo confesso da súmula vinculante é a diminuição do volume de processos que tramitam pelos órgãos judiciários de cúpula, aliás, vertente orientadora da reforma do Poder Judiciário. Portanto, não poderia deixar de ser requisito para a sua aprovação, a possibilidade de se acarretar relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas. Decidir repetidamente uma mesma questão não se mostra eficiente, pois se gasta energia, tempo, pessoal e toda a máquina judiciária para simplesmente repetir algo já dito e repisado” (SANTANDER; SORMONI, 2006, p. 150-151). Dessa opinião compartilha Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 346), para quem dentre “os motivos determinantes do implemento da súmula vinculante, encontra-se inadiável adoção de medida idônea a conter a caótica dispersão de ações judiciais sobre um mesmo tema, prática que projeta efeitos perversos, tanto para o Estado-juiz, que se vê assoberbado com a sobrecarga do serviço, quanto para o jurisdicionado, que recebe uma resposta tardia e de conteúdo imprevisível”.

matéria – constitucional – nela trasladada. De fato, a exigência inserida pelo legislador constituinte derivado soa bastante adequada. Se as súmulas refletem o entendimento do Tribunal a respeito de certa matéria, é lógico concluir que esse entendimento originou-se a partir de reiteradas decisões num mesmo sentido. Portanto, como já mencionado, não basta que o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado uma única vez sobre determinado assunto. Antes de sumulá-lo, é necessário um amadurecimento da matéria, amadurecimento este apenas proporcionado pelo seu sucessivo enfrentamento nos julgamentos de sua competência. Contudo, há que se ter em mente que o requisito das reiteradas decisões não pressupõe a unanimidade de entendimento sobre a matéria que se quer sumular. Para tanto, basta que haja reiteradas decisões no mesmo sentido, sendo – a princípio – irrelevante o fato de algum Ministro possuir entendimento diverso sobre o assunto²¹⁷. Sendo assim, a questão é saber, agora, quantas decisões são necessárias para a aprovação das súmulas vinculantes, já que o texto constitucional apenas faz referência a reiteradas decisões, sem, contudo, precisamente quantificá-las.

Indo adiante, tanto o parágrafo primeiro do artigo 103-A da Constituição quanto o parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei n. 11.417/2006 estabelecem que as súmulas vinculantes terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, requisitos estes analisados sempre à luz da exigência de que se trate de matéria constitucional (SANTANDER; SORMONI, 2006, p. 159). Assim sendo, as súmulas vinculantes deverão explicitar o verdadeiro conteúdo da norma constitucional iterativamente questionada, analisando tanto a sua validade quanto a sua interpretação ou eficácia²¹⁸. Ainda, é preciso que no momento da aprovação da súmula haja

²¹⁷ Vale a pena considerar o conceito de jurisprudência iterativa, constante do artigo 2º, parágrafo único, do Ato Regimental nº. 02, de 25 de junho de 1997, da Advocacia Geral da União, segundo o qual “entende-se por jurisprudência iterativa dos Tribunais, para os efeitos deste Ato Regimental, as decisões judiciais do Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, ou dos Órgãos Especiais ou das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, em suas respectivas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário, dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou da lei federal em matérias de interesse da União, das autarquias e das fundações públicas federais”.

²¹⁸ Nesse ponto, Lenio Luis Streck (2005, p. 162-163) critica a previsão, com base nos seguintes argumentos: “O § 1º do novo art. 103-A [...] separa os conceitos de validade, interpretação e eficácia, como que a repetir, de algum modo, a cisão que a hermenêutica clássica fazia entre a compreensão,

controvérsia atual a respeito da validade, interpretação ou eficácia da norma constitucional, sendo, portanto, defeso ao Supremo Tribunal Federal aprovar súmula dispondo sobre matéria já pacificada. Da mesma forma – embora, a princípio, as hipóteses se confundam – também não pode o Supremo Tribunal Federal aprovar uma súmula dispondo sobre discussão antiga, ultrapassada, ainda que na época tenha havido grande controvérsia sobre ela. A controvérsia que, junto com os demais pressupostos, autoriza a aprovação de súmula vinculante deve ser atual, contemporânea. Da mesma forma, a insegurança jurídica também é um requisito para a aprovação de um enunciado de súmula vinculante. É dizer, sem grave insegurança jurídica não há se falar em súmula vinculante. Ao contrário, no momento em que uma determinada matéria esteja suscitando uma plêiade de interpretações, de modo a colocar os jurisdicionados – e porque não dizer a própria Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário? – numa situação de incerteza, os permissivos constitucional e legal já mencionados autorizam a aprovação de súmula vinculante para dirimi-la.

A súmula, portanto, supera a controvérsia, funcionando como um elemento de pacificação de entendimentos. Finalmente, a relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica também é um requisito para a aprovação de súmula vinculante. Aliás, a exponencial multiplicação de processos pode ser considerada como uma das maiores causas do afogamento do Poder Judiciário. E no âmbito do Supremo Tribunal Federal – órgão que, pela lógica constitucional, deve julgar

a interpretação e a aplicação. Ora, o direito não pode ficar imune ao problema do conhecimento. Há, hoje, um forte consenso sobre a superação dos pressupostos da hermenêutica clássica, mormente a partir do prestígio assumido no direito pelas teorias de autores do porte de Hans-Gerog Gadamer. Isso significa afirmar que não mais interpretamos por partes ou etapas, como se dizia nessa fase da hermenêutica: primeiro o intérprete conhecia/compreendia (*subtilitas intelligendi*), depois interpretava (*subtilitas explicandi*), para só depois aplicar (*subtilitas applicandi*). Gadamer, em seu revolucionário *Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philophischen Hermeneutik*, vai dizer que todo ato de interpretação é um aplicar. Na verdade, mais do que um giro lingüístico, Gadamer promove um giro ontológico (*ontologische Wendung*). Isso significa poder afirmar que as palavras não carregam seu próprio sentido, e que não existe um sentido em si mesmo ou um sentido imanente que possa ser ‘revelado’ pelo intérprete, como sempre se denunciou a partir da hermenêutica filosófica. O texto, desse modo, depende de um sentido que o intérprete lhe atribuirá. De referir, ademais, que já de há muito autores como Gomes Canotilho, Friedrich Müller, Nelson Saldanha e Eros Grau vêm denunciando que texto e norma não são a mesma coisa. E, como será delineado mais adiante, essa diferença entre texto e norma terá profundas repercussões sobre a problemática das súmulas, uma vez que cada súmula transforma-se em um novo texto jurídico, que demandará uma norma a ser atribuída pelo intérprete. Fica difícil compreender, assim, a cisão feita pelo legislador constituinte (derivado) entre validade, interpretação e eficácia das normas”.

apenas as causas eminentemente constitucionais – a questão merece especial atenção²¹⁹.

Por último, a fim de assegurar a plena observância aos termos da súmula vinculante, o legislador constituinte derivado oportunamente fez constar no parágrafo terceiro do artigo 103-A da Constituição que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável, ou que indevidamente a aplicar²²⁰, 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. A previsão foi retomada no artigo 7º da Lei n. 11.417/2006, segundo o qual da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Se antes a função da reclamação era simplesmente resguardar a autoridade e a eficácia de determinados julgamentos e decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, após as modificações acima apontadas o âmbito de sua abrangência foi sensivelmente ampliado, de modo que, atualmente, a reclamação pode ser manejada tanto para cassar o ato administrativo quanto para reformar a decisão judicial que contrariem ou que indevidamente apliquem a súmula vinculante. Ou seja, além de funcionar como uma verdadeira ação anulatória de ato jurídico, a reclamação também se presta para impugnar as decisões judiciais que – como visto – eventualmente contrariem-na ou a apliquem de forma incorreta. Questão interessante é saber se a reclamação funcionaria, ou não, como

²¹⁹ Registre-se que “no ano de 2003 foram distribuídos no STF 109.965 (cento e nove mil, novecentos e sessenta e cinco) processos, dos quais 44.478 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e setenta e oito) referiam-se a recursos extraordinários; outros 62.519 (sessenta e dois mil, quinhentos e dezenove) apresentavam-se como agravos de instrumentos interpostos diante de decisões denegatórias de recursos extraordinários; totalizando estas duas categorias 97,3 (noventa e sete inteiros e três décimos percentuais) do montante total de processos que tramitaram na Corte Suprema. No ano de 2004, observou-se um recuo na distribuição de feitos no STF; porém, verificou-se ainda um predomínio quase absoluto dos recursos extraordinários e agravos de instrumentos na movimentação processual daquele Tribunal Superior. Com efeito, foram distribuídos, no período indicado, 69,171 (sessenta e nove mil, cento e setenta e um) processos, dos quais 26.540 (vinte e seis mil, quinhentos e quarenta) representavam recursos extraordinários; 39.938 (trinta e nove mil, novecentos e trinta e oito) apresentavam-se como agravos de instrumentos. Vê-se, pois, que a somatória destas duas categorias, no ano de 2004, respondeu por 94,7% (noventa e quatro inteiros e sete décimos percentuais) do montante global de processos que tramitaram no STF” (KOZIKOSKI, S. 2004, p. 745).

²²⁰ “Do dispositivo, portanto, entrevêm-se duas hipóteses de desacatamento da súmula, com a consequência de sujeição à reclamação: contrariedade à súmula (por ação ou omissão) e aplicação indevida da mesma” (SANTANDER; SORMONI, 2006, p. 168).

substitutivo de recurso. A questão não foi abordada pela Lei 11.417/2006, de modo que o melhor a se fazer é um posicionamento da doutrina e jurisprudência a respeito²²¹.

Finalmente, vale a pena ressaltar que não é somente a inobservância à súmula vinculante que viabiliza a utilização da reclamação. De acordo com o parágrafo terceiro do artigo 103-A da Constituição, também a aplicação indevida da súmula vinculante – que se manifesta na aplicação da súmula em caso inaplicável ou vice-versa, bem como em qualquer outra conduta que, de algum modo, acabe configurando um abuso da autoridade do precedente (MORATO, 2005, p. 398) – dá ensejo ao emprego da reclamação.

Posto isto, não há dúvidas de que a instituição das súmulas vinculantes no Brasil representou uma ruptura com a dogmática tradicional que – tradicionalmente ligada à tradição romano-germânica, também conhecida como *civil law* – sempre gravitou em torno da norma legislada (SOUZA, 2008, p. 254).

5.3 CONSEQÜÊNCIAS DA OBSERVÂNCIA E DA INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE

5.3.1 Conseqüências da observância do efeito vinculante

Segundo Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 546-547), aceita a idéia da sua transcendência para os motivos ou fundamentos determinantes da decisão, o efeito vinculante tem o condão de obrigar todos aqueles mencionados no tópico a respeito dos limites subjetivos – qual seja, tópico 5.1.2 – a

²²¹ No entanto, não parece desarrazoado construir um paralelo com o artigo 7º, parágrafo primeiro, da Lei 11.417/2006. Com efeito, o dispositivo em referência estabelece que “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”. Ou seja, no campo Administrativo, a reclamação apenas poderá ser manejada quando opção outra não restar ao jurisdicionado. Partindo dessa premissa, parece razoável sustentar que também na esfera judicial o interessado deva esgotar todos os meios recursais ao seu alcance para fazer valer o enunciado da súmula vinculante. Somente no esgotamento destes é que seria possível – salvo melhor juízo – manejar a reclamação para o Supremo Tribunal Federal. Aliás, não há como esquecer a questão da multiplicação de processos. Ora, de nada adiantaria o Supremo Tribunal Federal editar uma súmula para combatê-la se, após isso, todas as decisões que a contrariasse ensejassem a utilização da reclamação.

(i) tomar, na medida das suas responsabilidades e atribuições, as necessárias providências para o desfazimento do estado de ilegitimidade, ainda que não tenham integrado o processo; (ii) a revogar ou a modificar os textos legislativos de teor idêntico às de lei editada por outro Estado da Federação e declarada inconstitucional; (iii) a obedecer à decisão proferida, ficando proibidos de adotar condutas ou de praticar atos semelhantes ao declarado inconstitucional. Como brevemente mencionado, tais conseqüências apenas podem ser cogitadas num contexto de transcendência aos motivos ou fundamentos determinantes da decisão. Não fosse assim, nada obrigaria um determinado Estado a revogar uma lei materialmente idêntica à outra, editada por outro Estado e declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme adiante restará demonstrado, há vários precedentes nesse sentido na jurisdição constitucional brasileira, principalmente no que campo das leis municipais. De qualquer forma, na desobediência a essas conseqüências o sistema confere aos prejudicados a possibilidade de manejo de reclamação para o Supremo Tribunal Federal pretendendo a cassação ou a anulação do ato, dependendo tenha ele sido proferido na esfera judicial ou administrativa, tudo com conformidade com o tópico subsequente.

5.3.2 Conseqüências da inobservância do efeito vinculante: reclamação e responsabilização das autoridades

De acordo com Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 164), o resultado prático do efeito vinculante depende da existência de conseqüências jurídicas eficazes para combater a sua inobservância, pois a ausência de sanções adequadas conduz à inocuidade do instituto e cria um ambiente propício para a recalcitrância política. De um modo geral, as sanções para o descumprimento do efeito vinculante podem incidir tanto sobre o ato que desrespeita o precedente quanto sobre a autoridade que o produziu. Ou seja, contra a inobservância ao efeito vinculante cabe, “em tese, a cassação do ato e a responsabilização do ente subordinado” (LEAL, R., 2006, p. 165). Apesar disso, o sistema adotado no Brasil não prevê qualquer tipo de sanção para os responsáveis pela inobservância do precedente, nem mesmo para os reincidentes, criando, com isso um ambiente favorável à reincidência. De acordo

com a sistemática local, há apenas a reclamação para o Supremo Tribunal Federal como forma de inquinar a decisão ou o ato contrário ao precedente.

Brevemente mencionada no tópico 5.2.5, a reclamação consiste no meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal garante a preservação de sua competência e a autoridade das suas decisões, tudo conforme o artigo 101, inciso I, alínea “I” da Constituição Federal e artigo 13 da Lei n. 8.038/1990. É importante ressaltar, contudo, que o texto constitucional também prevê no artigo 105, inciso I, alínea “f” a reclamação para resguardar a competência e a autoridade do Superior Tribunal de Justiça²²². Entretanto, como este não se encaixa no objeto do presente estudo, de ora em diante a análise recairá apenas na reclamação para o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o instituto não é novidade no direito brasileiro, pois desde a criação do Supremo Tribunal Federal a reclamação já era admitida mediante construção jurisprudencial (MORATO, 2005, p. 392). Algumas décadas mais tarde a reclamação foi positivada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal com base no permissivo conferido pelo texto constitucional de 1946, de modo que a partir de então o instituto já não estava mais pautado “em mera construção jurisprudencial, mas sim em norma regimental, como resultado da consolidação do instituto na jurisprudência” (MORATO, 2005, p. 392). Ainda, a reclamação passou pela Constituição de 1967 – apesar de seu tom autoritário – e, finalmente, foi mantida na de 1988 como meio de salvaguardar as competências e as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Deixando este de fora, eis que estranho ao objeto do presente estudo, apesar de haver certo dissenso sobre a sua natureza jurídica, é possível compreendê-la como ação constitucional, tal qual o mandado de segurança, o habeas corpus, o habeas data e o mandado de injunção, estando, assim, inserida no contexto da jurisdição constitucional (MORATO, 2005, p. 396)²²³.

²²² É importante frisar que a reclamação também é meio cabível para preservar a competência e a autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça, conforme artigos 105, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal, e artigo 13 da Lei 8.038/1990. Apesar de já ter havido dúvidas sobre o seu cabimento neste Tribunal, “caiu por terra toda discussão sobre a sua constitucionalidade e sobre a exclusividade do STF em matéria desse instituto, porque a atual Constituição Federal atribuiu, expressamente, ao STF e ao STJ o processo e julgamento, em instância originária, da ‘reclamação para a preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões’” (MORATO, 2005, p. 393-394).

²²³ “A jurisprudência nunca se posicionou de forma unívoca, porque a dúvida quanto à natureza jurídica da reclamação, há muito existente, é, de fato, perfeitamente justificável, dada a complexidade da questão. O Min. Amaral Santos, no julgamento da Rcl. 831-DF, quase vinte anos antes da atual

De um modo geral, acaso julgada procedente a reclamação impõe a cassação da decisão exorbitante de seu julgado, tudo em conformidade com o artigo 17 da Lei n. 8.038/1990. Por sua vez, o artigo 103-A, parágrafo 3º – incluído no ordenamento jurídico após a promulgação da lei em referência – vai além dessa previsão e estipula que contra o ato administrativo ou contra a decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou então que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando, ainda, que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Muito embora tal dispositivo esteja inserido no contexto das súmulas vinculantes, não se afigura desarrazoado aplicá-lo nas demais hipóteses de sua utilização.

Finalmente, até o advento da Emenda Constitucional n 3/1993 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal autorizava a reclamação em sede de controle abstrato de normas “apenas quando proposta pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade e a insubordinação fosse imputada ao mesmo órgão que editou o ato normativo declarado inconstitucional” (LEAL, R., 2006, p. 164). Contudo, esse panorama mudou substancialmente após a promulgação da referida Emenda, ocasião na qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a admitir a sua propositura por qualquer interessado e contra qualquer autoridade, mesmo que não tenha ela participado da elaboração do ato declarado inconstitucional (LEAL, R., 2006, p. 167). Tal fato ensejou, conforme adiante analisado no tópico 6.1.2,

Carta da República, reconheceu expressamente o dissenso existente no STF, o qual, enfatize-se, perdura até os presentes dias. Disse aquele douto Ministro tratar-se a reclamação, no seu entender, de recurso ou de sucedâneo recursal. O Min. Nelson Hungria dizia ser a reclamação uma simples representação, sem natureza processual. Há outros vários posicionamentos a respeito da natureza jurídica da reclamação: para Orozimbo Nonato, remédio incomum; para Moniz de Aragão, incidente processual, para Frederico Marques, medida de desdobramento das atribuições jurisdicionais conferidas ao Supremo e ao STJ; para Ada Pellegrini Grinover, garantia especial, decorrente do direito de representação e de petição, baseando-se na opinião do Min. Nelson Hungria; para Dinamarco, remédio processual. Houve quem afirmasse o que a reclamação não é, como o fez Dinamarco, dizendo não se tratar de recurso; também, no mesmo sentido, Ovídio Baptista e Nelson Nery Jr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, enalteceu a sua dúvida, como ocorreu com muitos outros, ao dizer que se trata de instituto complexo, cujo perfil transparece do texto em exame [no caso, a Constituição]. Em face da legislação infraconstitucional (Lei 8.038/90, arts. 13 a 18), apresenta semelhança com os *writs*, especialmente com o mandado de segurança. Não deixa, porém, de ter uma feição de recurso. Em estudo mais abrangente e aprofundado sobre o tema em pauta, analisamos a natureza jurídica da reclamação, diferenciando-a de uma medida administrativa, de uma medida de jurisdição voluntária, de uma medida que instaura um processo objetivo, de um recurso, de um sucedâneo recursal, de um incidente processual, do exercício do direito de petição, de um remédio processual, para, finalmente, dizê-la sendo uma ação. E, com a referida análise, acabamos acompanhando a opinião de Pontes de Miranda, José da Silva Pacheco e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, opinião que, mais tarde, também acabou sendo seguida por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira e por Alexandre Moreira Tavares dos Santos” (MORATO, 2005, p. 394-395).

relevante discussão sobre a pertinência do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal no contexto da jurisdição constitucional brasileira.

6 O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PRATICADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

6.1 O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO: UMA NOVA TENDÊNCIA?

6.1.1 A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: o que há de novo no Supremo Tribunal Federal?

De um modo geral, a chamada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade – expressão utilizada por Fredie Didier Junior (2006, p. 104) – significa a aproximação, ou, no mínimo, a tendência de aproximação, entre os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A questão está relacionada àquilo que João Carlos Navarro de Almeida Prado (2007, p. 62-6) chama de sincretismo no controle de constitucionalidade, isto é, a ingerência da realidade concreta no controle concentrado e da abstrativização do controle difuso, e surge no contexto brasileiro como forma de superar a contradição existente no fato de um mesmo tribunal – no caso, o Supremo Tribunal Federal – declarar a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo com diferenças substanciais de uma via para outra²²⁴.

De fato, se já não fazia sentido atribuir efeitos diferentes às decisões proferidas em ações típicas de uma mesma técnica – como ocorria com as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade num contexto anterior ao da Emenda Constitucional n. 3/1993, em que as primeiras tinham apenas eficácia *erga omnes* enquanto que as segundas, além desta, tinham também efeito

²²⁴ Segundo o autor (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 139-140), o “controle em concreto acaba chegando ao Supremo Tribunal pela via do recurso extraordinário. O controle em abstrato da Constituição da República é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, proposto diretamente perante ele. Embora o Tribunal seja o mesmo, os pressupostos, as técnicas, os efeitos, as consequências, a própria concepção de inconstitucionalidade que está implícita em cada um dos modelos são diferentes e, em certo sentido, até contraditórios. Na azáfama da prática diária, é impossível a um mesmo órgão diferenciar bem os tratamentos”/

vinculante – porque admitir uma diferença tão grande entre os efeitos da decisão proferida na via concentrada e da decisão proferida na via difusa de controle de constitucionalidade, considerando que o parâmetro do controle é sempre o mesmo²²⁵?

A discussão sobre a extensão dos efeitos vinculantes para o controle difuso de constitucionalidade foi impulsionada em razão de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, principalmente os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação n. 4.335-5, analisada de forma mais detalhada na parte relacionada ao papel do Senado Federal na jurisdição constitucional. Apesar disso, não muito antes desta Reclamação algumas decisões paradigmáticas já haviam sido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal reconhecendo a possibilidade de vinculação das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso. É o caso, por exemplo, da decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 197.917 na qual, a pretexto de fixar o número de vereadores do município de Mira Estrela, no Estado de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal acabou definindo as regras para o número de representantes nas Câmaras Municipais de todo o país²²⁶.

²²⁵ A propósito, assim manifestou-se o Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4.335-5: “De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes”.

²²⁶ A decisão foi assim ementada pelo Supremo Tribunal Federal: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, ‘INCIDENTER TANTUM’, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se

Embora tenha sido proferida num Recurso Extraordinário – e, por isso, em sede de controle difuso de constitucionalidade – na ocasião o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual os efeitos daquela decisão seriam extensivos a todos os municípios brasileiros a partir da legislatura subsequente àquela decisão. A partir desse caso, e em atenção aos efeitos vinculantes que dele decorreram, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 21.702/2004 adotando o critério fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual passou a negar todas as insurgências levantadas pelos interessados²²⁷ sob o pretexto de estar seguindo a interpretação conferida por aquele ao artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal. Mesmo assim, irresignados, dois partidos políticos propuseram as ações diretas de inconstitucionalidade 3.345 e 3.365 pretendendo a declaração da incompatibilidade da Resolução em referência com o texto constitucional. Esta até o momento depende de julgamento. Contudo, a primeira já foi julgada improcedente, confirmando, com isso, a constitucionalidade da Resolução expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral e confirmando o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário mencionado. Neste caso, é importante deixar bastante claro que a vinculação partiu desta para aquela, isto é, partiu do controle difuso para a decisão proferida no controle concentrado, pois esta simplesmente reconheceu que o Tribunal Superior Eleitoral agiu em respeito à vinculação decorrente dos fundamentos ou motivos determinantes adotados naquela.

Além desta, também vale a pena recordar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.959 declarando inconstitucional o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 e reconhecendo, por conseguinte, a possibilidade

confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, 'incidenter tantum', da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos 'ex tunc', resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pró-futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e, em parte, provido".

²²⁷ Apenas para exemplificar, confira-se o aresto do julgamento proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral no Mandado de Segurança n. 3173: "Mandado de Segurança. Resolução-TSE nº 21.702/2004. Número de vereadores para a legislatura 2005/2008. Art. 29, IV, Constituição da República. Interpretação do Supremo Tribunal Federal. Coisa julgada. Afastamento. Regulamentação feita pelo Tribunal Superior Eleitoral no exercício da sua competência (art. 23, IX, do Código Eleitoral). A competência das Câmaras de Vereadores para fixar o número de suas cadeiras, nos termos do art. 29, IV, Constituição da República, deverá orientar-se segundo a interpretação que lhe foi dada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, a quem compete precipuamente a sua guarda. A resolução-TSE foi editada para o futuro, não fere direito da Câmara de Vereadores nem de seus membros atuais. Segurança negada".

de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes considerados hediondos²²⁸. Além de ter beneficiado os pacientes do Habeas Corpus – como de regra – o Supremo Tribunal Federal também reconheceu que os efeitos da decisão poderiam ser estendidos a todos aqueles que se encontrassem em idêntica situação, circunstância esta de inequívoca transcendência do efeito vinculante aos motivos ou fundamentos determinantes da decisão. Apesar disso, conforme restará demonstrado no tópico 6.1.2, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Fiscais de Rio Branco, no Acre, negou-se a deferir o pedido de progressão de regime feito pela Defensoria Pública da União em benefício de alguns detentos cumprindo pena naquela Comarca, situação esta que ensejou o ajuizamento da Reclamação n. 4.335-5, atualmente pendente de julgamento, mas em vias de redefinir o panorama da jurisdição constitucional no Brasil.

Para além destas decisões – já lembradas pela doutrina como indicativas de uma redefinição da jurisdição constitucional brasileira, conforme fica claro em Pedro Lenza (2008, p. 153)²²⁹ – outras mais podem ser encontradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente no campo das declarações de inconstitucionalidade de leis municipais proferidas na via difusa de fiscalização. Nessas situações tem sido comum a transcendência dos efeitos vinculantes também para os fundamentos determinantes da decisão, conforme sustentado no tópico sobre os seus limites objetivos – tópico 5.1.2 –, impondo aos demais municípios a observância aos termos da decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal com base na disposição constante do artigo 557, *caput*, e parágrafo 1º - A do Código de Processo Civil²³⁰. É o caso, por exemplo, do Recurso Especial n.

²²⁸ De fato, para o autor (LENZA, 2008, p. 153) percebe-se, “atualmente, destacando-se dois importantes precedentes (o caso de “Mira Estrela” e a discussão sobre a constitucionalidade da “progressão do Regime na lei dos crimes hediondos”), uma nova tendência no STF (ainda não pacificada) de se aplicar a chamada teoria da transcendência dos motivos determinados da sentença (*ratio decidendi*) também para o controle difuso”. Mais adiante, conclui o autor (LENZA, 2008, p. 153) que “respeitável parte da doutrina e alguns julgados do STF (“Mira Estrela” e “progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos”) e do STJ rumam para uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF”.

²²⁹ De fato, para o autor (LENZA, 2008, p. 153) percebe-se, “atualmente, destacando-se dois importantes precedentes (o caso de “Mira Estrela” e a discussão sobre a constitucionalidade da “progressão do Regime na lei dos crimes hediondos”), uma nova tendência no STF (ainda não pacificada) de se aplicar a chamada teoria da transcendência dos motivos determinados da sentença (*ratio decidendi*) também para o controle difuso”. Mais adiante, conclui o autor (LENZA, 2008, p. 153) que “respeitável parte da doutrina e alguns julgados do STF (“Mira Estrela” e “progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos”) e do STJ rumam para uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF”.

²³⁰ Com efeito, assim dispõem os dispositivos em referência: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou

228.844, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, ocasião na qual o Supremo Tribunal Federal aplicou precedente julgado pelo Plenário reconhecendo a inconstitucionalidade da lei municipal de Belo Horizonte, no Estado de Minas Gerais, que também instituíra cobrança progressiva do imposto mencionado. Nesta mesma matéria – progressividade do IPTU –, também no Recurso Extraordinário n. 221.795 o Supremo Tribunal Federal aplicou precedentes fixados em julgamentos que reconheceram inconstitucional a cobrança instituída pelo Município de São Paulo. Ainda, mais recentemente o Supremo Tribunal Federal valeu-se de precedente oriundo do Município de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a Recurso Extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.

6.1.2 A Reclamação n. 4.335-5

A Reclamação n. 4.335-5 foi proposta pela Defensoria Pública da União em face do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco ter informando o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.959, que afastou a vedação da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos ao considerar inconstitucional o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos –, segundo o qual a “pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”²³¹. De acordo com seu relatório, com base nessa decisão a Reclamante requereu ao Reclamado fosse concedida a progressão de regime aos apenados

com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

²³¹ A decisão foi assim emendada: “PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §. 1º, da Lei n. 8.072/90”.

arrolados como interessados. Contudo, o pedido foi negado sob o argumento de vedação legal para admiti-lo e de que a decisão proferida no referido Habeas Corpus – em sede de controle difuso de constitucionalidade – possui efeitos *inter partes*, sendo que estes apenas passariam a beneficiar a coletividade após a comunicação do Senado Federal, que, a seu critério, poderia suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, inciso X, da Constituição Federal). Ou seja, de acordo com o Reclamado, como a decisão foi proferida em sede difusa de controle de constitucionalidade, e não na via concentrada, continuava em vigor o dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (exceto, obviamente, para os pacientes do Habeas Corpus) uma vez que até então o Senado Federal não havia suspenso a sua execução.

Com base nesse contexto, valendo-se da legitimidade ampliada para manejá-la – conforme tópico 5.2.5 – a Defensoria Pública da União levou ao Supremo Tribunal Federal a Reclamação em questão, objetivando resguardar o respeito à decisão proferida no Habeas Corpus 82.959. Até o momento não houve o seu julgamento definitivo. Entretanto, já votaram pela sua procedência os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e, acompanhando-o – e lançando ao ar uma provocação sobre o papel do Poder Legislativo em matéria de efeito vinculante, conforme já mencionado –, Eros Roberto Grau.

De forma bastante resumida, após discorrer sobre o histórico da competência do Senado Federal para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator conclui que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade “acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988”. Este teve o seu sentido alterado pela mutação constitucional²³², de modo que onde antes se lia compete privativamente ao Senado

²³² De um modo geral, segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 223-224), o “termo mutação constitucional serve para designar os processos informais de alteração das Constituições, ou seja, aqueles que alteram o sentido de uma Constituição sem alterar o seu texto, porque mudam o seu espírito. Dá-se quanto a normatividade constitucional se modifica pela realidade político-social, sem afetar suas formas textuais, mas transmutando o seu conteúdo. [...] Obra clássica nesta temática é a de Gerog Jellinek (1851-1911), intitulada justamente *Reforma y mutación de La Constitución*, de 1906. Pablo Lucas Verdú afirma que o publicista alemão considerava as mutações constitucionais ‘como resultado da dialética normatividade escrita e realidade constitucional, causa fundamental de ditas transformações constitucionais indiretas, tácitas, silentes, que configuraram o quadro da

Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (tal qual o texto promulgado), no contexto atual passa a ser lido como compete privativamente ao Senado Federal conferir “publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”. Com esta redação, o texto constitucional passaria a vigorar com a redação pretendida pela Emenda Constitucional n. 16/1965 para o artigo em referência, não aprovada pelo Congresso Nacional²³³.

Não é demais mencionar que a Reclamação em referência também contesta a cláusula da reserva de Plenário, prevista no artigo 97 da Constituição, segundo o

dinâmica constitucional’. Nas palavras do próprio Jellinek: ‘A modificação das forças reais das relações entre os órgãos superiores do Estado se infiltra nas próprias instituições, ainda quando não se tenham modificado uma letra da Constituição’. Corresponde a Jellinek ter estabelecido um conceito preciso de mutação constitucional, tendo-o feito, porém, confrontando com a reforma constitucional, baseando-se em dados psicológicos (intencionalidade, vontade consciente): para ele, a reforma da Constituição consistia na ‘modificação dos textos constitucionais produzida mediante ações voluntárias e intencionadas’, ao passo que, ao contrário, por mutação da Constituição entendia ‘a modificação que deixa indene [imune] seu texto sem alterá-lo formalmente, que se produz por fatos não acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação’”. Ainda, análise muito bem posta da mutação constitucional é feita por Eros Roberto Grau no voto proferido na Reclamação em questão. Com efeito, assim se pronuncia o Ministro “Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por Laband, mas do qual terá sido Georg Jellinek o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota Hsü Dau-Lin, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. Este não sendo o momento adequado para o que o Ministro Pertence chama de seminário, permito-me apenas neste ponto referir o estudo preliminar de Pablo Lucas Verdu à tradução espanhola do ensaio de Jellinek e a monografia da Professora Anna Candida da Cunha Ferraz sobre o tema. E proponho retermos, em síntese, a afirmação que linhas acima formulei: na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro”

²³³ De acordo com o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, apenas “por amor à completude, observe-se que o Projeto que resultou na Emenda n. 16/65 pretendeu conferir nova disciplina ao instituto da suspensão pelo Senado. Dizia-se na Exposição de Motivos: ‘Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito ‘erga omnes’ de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto – expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’. O art. 64 da Constituição passava a ter a seguinte redação: ‘Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3o), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe for comunicado’. A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia erga omnes à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi, porém, rejeitada”.

qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal já vinha reconhecendo a sua dispensabilidade com base nos princípios da economia processual e mesmo da segurança jurídica. Esses precedentes, de acordo com o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação n. 4.335-5 marcam, também, uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar praticamente os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A decisão, portanto, é um paradigma em matéria de controle de jurisdição constitucional, pois pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal passa a cogitar a possibilidade de vinculação de todas as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, situação esta que acabaria fazendo o artigo 52, inciso, X, da Constituição Federal perder completamente o seu sentido. É dizer, nos precedentes mencionados no tópico anterior o Supremo Tribunal Federal apenas reconheceu que, naqueles casos, especificamente, os efeitos da decisão deveriam transcender o caso concreto e atingir a coletividade. Agora, contudo, o Tribunal reconhece que todas as decisões por ele proferidas poderiam perfeitamente vincular a todos. De fato, como mencionado no voto relator, se o Supremo Tribunal Federal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender liminarmente a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, porque haveria a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle incidental valer somente para as partes?

6.1.3 Críticas à chamada abstrativização

A chamada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade tem rendido algumas críticas bastante contundentes por parte da doutrina avessa à vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente por parte de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2008). De fato, os autores em referência (LIMA, OLIVEIRA, STRECK, 2007) têm sustentado que acaso prevaleça, a teoria da abstrativização acabará redefinindo de forma substancial a jurisdição constitucional

brasileira²³⁴. Com base nisso, negam a mutação constitucional e criticam a decisão proferida pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação n. 4.335-5 com base nos seguintes argumentos: (i) apesar de o controle de constitucionalidade no Brasil adotar a forma mista, incorporando técnicas concentradas e difusas com características bem delimitadas, a aproximação entre ambas pode fazer cair por terra a diferença ontológica entre elas²³⁵; (ii) o controle difuso possui um esquema bastante aprimorado, com a possibilidade de suspensão da eficácia do ato declarado inconstitucional em razão do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal – dispositivo presente na jurisdição constitucional brasileira desde a Constituição de 1934, como exposto no item 4.3.1 –, dispositivo este que garante uma participação da sociedade no processo de guarda da Constituição;²³⁶ (iii) acaso o Supremo Tribunal Federal encampe a tese em referência, fatalmente as súmulas instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 acabariam perdendo a sua razão de ser, pois passariam tanto ou menos que uma decisão proferida na via difusa haja vista que o quórum para editar uma súmula com efeito vinculante é de oito Ministros, já o quórum para reconhecer a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo na via do Recurso Extraordinário é de seis votos a cinco, no mínimo²³⁷; (iv) o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inexistência de vinculação para o Senado Federal²³⁸.

²³⁴ “A recente polêmica que vem sendo travada no Supremo Tribunal Federal a partir da Reclamação 4335-5/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes, não fará da decisão que vier a ser tomada, com certeza, apenas mais um importante julgado.1 Mais que isso: ao final dos debates entre os ministros daquela Corte, pode-se chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os poderes da república e de sistema federativo” (LIMA; OLIVEIRA, STRECK, 2007).

²³⁵ “Portanto, parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença” (LIMA; OLIVEIRA, STRECK, 2007).

²³⁶ “A tradição brasileira de controle da constitucionalidade é a de controle difuso. Desde a Constituição de 1891 até a de 1988, o controle difuso foi incorporado ao rol de competências do Poder Judiciário, tendo o STF como a última instância neste e em todas as outras questões. A partir da Constituição de 1934 até os dias atuais, permanece a competência do Senado Federal de, por meio de resolução, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Aqui também uma tradição já consolidada no constitucionalismo brasileiro, na medida em que são corridos mais de setenta anos da mencionada realidade institucional. [...] Esta diferenciação possui outros desdobramentos possíveis no quadro do sistema constitucional. Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação.” (LIMA; OLIVEIRA, STRECK, 2007).

²³⁷ “Parece que a diferença está na concepção do que seja vigência e eficácia (validade). Decidir — como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o ministro. Gilmar Mendes — que qualquer decisão do

De um modo geral, na melhor linha do *Justice Hughes*²³⁹, tais argumentos foram rebatidos no voto do Ministro Eros Roberto Grau na Reclamação n. 4.335-5. Nesse sentido, após discorrer sobre os argumentos contrários à tese em vias de ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁰, o Ministro Eros Roberto Grau ratificou o entendimento delimitado no voto do Ministro Relator e afirmou, com todas as letras, que a cúpula do Judiciário brasileiro não foi criada para trilhar os passos da doutrina, mas sim para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Segundo afirma, ela “nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição”. Com essas

Supremo Tribunal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição. Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, uma decisão que não reúne sequer o quórum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante — e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante). E súmula não é igual a controle concentrado. Assim, “se o Supremo Tribunal Federal pretende — agora ou em futuros julgamentos — dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades). (...) Uma decisão de inconstitucionalidade — em sede de controle dito “objetivo” (sic) — funciona como uma derrogação da lei feita pelo Poder Legislativo” (LIMA; OLIVEIRA, STRECK, 2007).

²³⁸ “Como se trata de uma das Casas do Poder Legislativo, o Senado Federal não teria como estar vinculado ao entendimento do Supremo Tribunal, o que também é pacificamente aceito pelo próprio STF. Porém, se o Senado Federal decidir pela suspensão, deverá fazê-lo, nos termos do entendimento esboçado pelo STF, a fim de preservar a autoridade dos julgados deste último. Tem-se aqui, do ponto de vista da idealidade, um sistema de controle bem formulado e, do ponto de vista do realismo, que não tem sido a fonte de martírios para a Constituição da República (LIMA; OLIVEIRA, STRECK, 2007).

²³⁹ Ao que parece, continuam em pé as palavras do *Justice Hughes*, “exprimindo uma grande verdade: ‘Vivemos debaixo de uma Constituição, sendo a Constituição porém aquilo que os juizes dizem que é’ (‘We are under a constitution, but de constitution is what de judges say it is’)” (BONAVIDES, 2005, p. 315)

²⁴⁰ “A esta altura a doutrina dirá que não, que entre nós coexistem a modalidade de controle concentrado e a de controle difuso de constitucionalidade e que a nossa tradição é a do controle difuso, atribuído à competência do Poder Judiciário desde a Constituição de 1.891. Que o Senado Federal participa desse controle a partir de 1.934, a ele competindo suspender, por meio de resolução, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Que o controle concentrado de constitucionalidade veio bem depois, inicialmente quando alterada a redação do artigo 101 da Constituição de 1.946 pela Emenda Constitucional n. 16/65, após em 1.988, com a incorporação ao nosso direito da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Que a decisão tomada no âmbito do controle concentrado é dotada, em regra, de efeitos ex tunc¹⁹; a definida no controle difuso, de efeitos ex tunc entre as partes. Que os efeitos da decisão em recurso extraordinário sendo inter partes e ex tunc, o Supremo, caso nela declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, remeterá a matéria ao Senado da República, a fim de que este suspenda a execução dessa mesma lei ou ato normativo. Que, se o Senado suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, agregará eficácia erga omnes e efeito ex nunc a essa decisão. Por fim, a doutrina dirá que, a entender-se que uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade”.

palavras, o voto do Ministro foi pela procedência da reclamação, reconhecendo a vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade e mantendo a tese da mutação constitucional.

Ademais, as mesmas críticas que usualmente são levantadas em relação à vinculação, tal qual a proveniente das Súmulas instituídas pela Emenda Constitucional 45/2004, podem ser feitas também à vinculação decorrente das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. Dessa forma, parafraseando Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa (2004, p. 307-308), tanto (i) a ofensa à separação dos poderes quanto (ii) a perda de independência do juiz, (iii) a petrificação do direito, (iv) a violação ao juiz natural, (v) a incompatibilidade com o nosso sistema, (vi) o descompromisso com a legalidade e com a legitimidade e (viii) a violação ao princípio do contraditório cabem como críticas à abstrativização do controle difuso. À doutrina e à jurisprudência caberá responder a cada uma dessas críticas, certos, no entanto, que muitos desses argumentos já foram questionados num contexto de vinculação das decisões judiciais, alguns deles, inclusive, no presente estudo. Ainda, novamente com Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa (2004, p. 307), para cada um desses argumentos contrários há outros tanto à favor da vinculação, dentre eles, (i) a certeza do direito, na tradução do princípio da segurança jurídica, (ii) a verificação das decisões iguais para os casos iguais, (iii) a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e (v) o preenchimento do vazio gerado pelo sistema jurídico brasileiro, atuando a vinculação como a ponte entre a lei abstrata e a decisão concreta.

6.2 O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

6.2.1 O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira

De acordo com o artigo 46 da Constituição de 1988, o “Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o

princípio majoritário”²⁴¹. Dentre as suas várias atribuições e competências encontra-se, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a possibilidade de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. O objetivo dessa previsão – herdada, conforme referido nos tópicos 4.3.1 a 4.3.3, do artigo 91, inciso IV, da Constituição de 1934 e repetida nos textos de 1946 (artigo. 64) e de 1967 e de 1969, respectivamente (artigo. 42, VIII)²⁴²⁻²⁴³ – é possibilitar a extensão para todos os jurisdicionados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal num determinado caso concreto, ou seja, na via difusa (SILVA, 2005, p. 522). Em semelhante sentido, para Sérgio Resende de Barros (2002, p. 602), o instituto nasce no direito brasileiro como forma de suprir a ausência do *stare decisis*. Assim sendo, no contexto da Constituição de 1988, se proferida a decisão nas ações típicas do controle concentrado, nada cabe ao Senado Federal, justamente em razão dos efeitos que dessas decisões irradiam, quais sejam, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante; se proferidas no controle difuso, no entanto, o Senado pode, após comunicação do Supremo Tribunal Federal, suspender a execução de lei federal, estadual, distrital ou municipal (PALU, 1999, p. 129).

Desde a sua criação o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal foi objeto de intensas polêmicas, principalmente no que diz respeito à sua imperatividade. De

²⁴¹ Segundo Oswaldo Luis Palu (1999, p. 128), já “se fez acerba crítica à estatuição com o argumento de que os Senadores da República são eleitos do mesmo modo como são os Deputados Federais, ou seja, pelo eleitorado das respectivas unidades federadas e não mais, v. g., pelas Assembléias Legislativas, como nos Estados Unidos da América até 1913 (onde teriam, em tese, a representação dos Estados), ou como são eleitos ainda hoje na Alemanha. Pontes de Miranda entendia falha a representação dos Estados pelo motivo acima exposto, dizendo que a representação atribuída aos Estados somente teria eficácia se os Deputados fossem de duas espécies, com base eleitoral diversa dos Senadores: uma de Deputados eleitos por zonas, representando dois ou mais Estados, e outra de deputados gerais, eleitos por todo o país. Pode-se indagar se senadores representam os Estados, eleitos do mesmo modo que os deputados, e se deputados eleitos por unidades federadas em sistema proporcional representam toda a população.

²⁴² O artigo 91, inciso IV, da Constituição de 1934 estabelecia a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Note-se que o constituinte de 1934 falava em Poder Judiciário, sem restrições, ao passo que o constituinte atual limitou a hipótese às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁴³ Segundo Oswaldo Luis Palu (1999, p. 124), o “Brasil aproximou-se do sistema norte-americano na Constituição de 1891 e, em 1934, cedeu às influências européias com a inovação da participação do Senado Federal na suspensão final da lei declarada inconstitucional. Como vimos, em 1934 as propostas eram de criação de uma Corte Constitucional, tentativa que não vingou. Ficamos com um sistema complexo (Supremo-Senado), até que o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 1977, alterou completamente o quadro existente, deixando de remeter à Alta Câmara as decisões tomadas em ação direta, que passaram a ter eficácia *erga omnes* com a sua publicação”.

fato, muito se discutiu neste ponto se uma vez cientificado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso poderia o Senado Federal quedar-se silente ou deveria, obrigatoriamente, editar o ato – no caso, uma resolução – para a suspensão da execução da lei que era violadora do texto constitucional²⁴⁴. Hoje, apesar dos argumentos contrários, o posicionamento que entende discricionária a atuação do Senado parece prevalecer, pois o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a “Câmara Alta não está obrigada a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada, na via de exceção, pelo Pretório Excelso” (BULOS, 2000, p. 677). Tal entendimento – conforme melhor abordado no tópico 6.1.3 – retirou toda pretensão de eficácia do dispositivo, transformando a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade numa possibilidade “em tese”, sem qualquer repercussão prática na jurisdição constitucional brasileira.

O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, gerou algumas controvérsias no que diz respeito à possibilidade do Senado Federal voltar atrás e cassar a resolução, após tê-la expedido. Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2000, p. 677), se no âmbito de seu juízo discricionário o Senado Federal editou resolução suspendendo no todo ou em parte a executoriedade de uma lei ou decreto, tidos pelo Supremo como violadores da *Lex Mater*, a sua competência se esgota nesse ato, de forma que não poderá, após, voltar atrás, alterando a resolução que havia editado anteriormente. Em idêntico sentido pronunciou-se o Supremo tribunal Federal, no

²⁴⁴ “Em realidade, a doutrina dividiu-se acerca de tal assunto, ora a favor da obrigatoriedade da atuação do Senado, ora ressaltando o papel relevante que o Senado possuía, defendendo a facultatividade da suspensão dos atos inconstitucionais. Lúcio Bitencourt afirmou em sua conhecida obra a respeito do assunto que o ato do Senado não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. (...) Diversamente, Alfredo Buzaid, já citado, que, se ao Senado cabe o dever de suspender a lei ou decreto, não se trata de mera operação de ofício ou puramente mecânica, que o reduz a simples cartório de registro de inconstitucionalidade. Examinará o julgado do ponto de vista substancial e formal, verificando se na declaração de inconstitucionalidade foram observadas as regras jurídicas. Concorrendo os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão ainda sob a alegação de que a lei deve ser mantida por necessária ao bem-estar do povo, ou à defesa nacional. Para Celso Ribeiro Bastos cabe ao Senado examinar se ocorreram os pressupostos constitucionais da declaração de inconstitucionalidade. Mas não parece o autor último citado merecer acolhida a alegação de que se trata de questão interna corporis do Supremo. Ao Senado incumbe justamente indagar do respeito a todos os requisitos constitucionais. Trata-se, pois, de atividade vinculada, de exame de requisitos formais para a suspensão do ato: ‘O Senado não pode se furtar à suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, desde que verificados os requisitos para tanto’” (PALU, 1999, 131).

juízo do Mandado de Segurança n. 16.512, impetrado por Engenharia Souza e Barker Ltda. e outros para fins de questionamento da Resolução n. 93/1965, que revogou a Resolução anterior, n. 32/1965, pela qual o Senado suspendeu a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

De qualquer forma, a despeito dessas controvérsias o dispositivo em questão sempre teve o seu espaço na jurisdição constitucional brasileira. Apesar de praticamente sem uso, desde 1934 ele sempre esteve ali, como um (pseudo) indicativo da coerência do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que importou dos Estados Unidos as técnicas difusas – porém, de forma capenga, sem o *stare decisis* – e da Alemanha as técnicas concentradas – muito embora com a relutância de outorgar ao Supremo Tribunal Federal o *status* de verdadeiro Tribunal Constitucional.

Ocorre que de um tempo pra cá o dispositivo foi lançado no epicentro de uma discussão que poderá não apenas derrogá-lo, pela via da mutação constitucional, mas também redefinir a jurisdição constitucional brasileira, conforme precedentes já analisados, principalmente a Reclamação 4.335-5. Esta, particularmente, possui chances reais de ser julgada procedente e, via de consequência, de aproximar os controles difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no que diz respeito aos seus efeitos. Por isso, é conveniente analisar o papel do Senado Federal num contexto de vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade.

6.2.2 O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira num contexto de vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso

Já fora mencionado que a finalidade do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal era, justamente, possibilitar a extensão para todos os jurisdicionados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal num determinado caso concreto, ou seja, na via difusa. Por mais que a doutrina e a jurisprudência já discutissem a inexistência jurídica da lei declarada inconstitucional, ou a sua ampla ineficácia – o que tornaria a decisão proferida pelo

Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro com atribuições típicas de um verdadeiro Tribunal Constitucional – o legislador constituinte de 1934 optou pela fórmula da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional como modo de estender os efeitos de tal decisão também para aqueles que não haviam participado do processo. No entanto, como também mencionado no tópico 6.2.1, a previsão deu ensejo a uma série de controvérsias, sendo que a mais contundente foi, sem dúvida, a que se criou em torno da sua imperatividade ou, no caso, justamente a sua falta de imperatividade. De fato, na medida em que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual o Senado Federal não estava obrigado a editar a resolução suspensiva do ato por ele próprio declarado inconstitucional, o dispositivo em referência perdeu qualquer utilidade prática.

Diante desse contexto, e agora também em decorrência do entendimento que vem se formando no Supremo Tribunal Federal, de extensão do efeito vinculante também para o controle difuso, o que esperar do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal? De fato, a prevalecer a mutação constitucional pretendida pelo Supremo Tribunal Federal, o dispositivo passaria a ser lido não mais como compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (tal qual o texto promulgado), mas sim como compete privativamente ao Senado Federal conferir “publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.

Apesar de já ser plenamente possível sustentar a tese da mutação constitucional, Zeno Veloso (2000, p. 56) afirma a necessidade de emenda constitucional para positivar a mudança, sobretudo porque atentaria contra a normatividade da Constituição manter um texto com sentido absolutamente diferente²⁴⁵.

²⁴⁵ Aliás, Sérgio Sérulo da Cunha (1999, p. 100) já alertava que a consequência “de emenda constitucional que conferisse eficácia erga omnes a decisões do Supremo no julgamento de recurso extraordinário seria a derrogação tácita do inciso X do art. 52 da Constituição”.

6.3 A REPERCUSSÃO GERAL E O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

6.3.1 A repercussão geral

Outra importante inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 foi a repercussão geral, espécie de requisito de admissibilidade no qual somente poderão ser admitidos pelo Supremo Tribunal Federal os Recursos Extraordinários versando sobre matérias econômica, política, social ou jurídica que ultrapassem os limites subjetivos da causa²⁴⁶. De acordo com Arruda Alvim (2005, p. 64-65), a “repercussão geral” funciona como um filtro, ou como um divisor de águas, em relação ao cabimento de Recursos Extraordinários, autorizando que o Supremo Tribunal Federal julgue apenas aqueles cujas matérias transcendam os interesses das partes. O instituto – que, apesar de alguns pontos de convergência, é substancialmente diferente da antiga arguição de relevância²⁴⁷ – foi idealizado,

²⁴⁶ “O Exame da repercussão geral deverá ser prévio à admissibilidade, propriamente dita, ou à admissibilidade em sentido técnico, como assunto preliminar, já quando e dentro do âmbito do julgamento do recurso. A presença da repercussão geral, em certo sentido, é também submetida a um exame (não é ato de julgamento, por isso que a deliberação não tem caráter jurisdicional); este exame não deixa de ser uma ‘forma de admissibilidade’, mas previamente à possibilidade de julgamento e apenas em função o reconhecimento pelo tribunal, por meio de pronunciamento de caráter político, da presença da repercussão geral que se encontra na questão constitucional objeto do recurso, ‘admitindo’ o recurso; de resto, o próprio texto refere-se a que o tribunal procederá à ‘admissão do recurso’, usando do verbo admitir. Mas essa deliberação preliminar é inconfundível com a admissibilidade propriamente dita (com a verificação do cabimento/enquadramento do recurso nas hipóteses do art. 102 da CF e legislação ordinária), a qual é juízo preambular já dentro do procedimento dos requisitos constitucionais e legais de cabimento do recurso extraordinário, porque aquela será uma ‘admissibilidade’ à luz do Texto Constitucional e da lei que virá a ser editada, regulamentando o § 3º inserido no art. 102 da CF” (ALVIM, 2005, P. 64).

²⁴⁷ “A arguição de relevância era um incidente que possibilitava a admissão do recurso extraordinário – que de outra maneira não seria conhecido – em casos tidos como relevantes pelo STF. Tal incidente possuía procedimento próprio para efeito de registro junto STF, não constituindo, portanto, recurso autônomo ou subordinado, mas nascendo em função do recurso extraordinário e dele não se desvinculando, senão fisicamente. Tal arguição estava sempre vinculada a uma questão federal, analisada na própria petição de recurso extraordinário, em capítulo final, separado, na qual se destacavam os pontos considerados relevantes pelo recorrente (Emenda ao RISTF n. 2, de 27.10.1985, art. 328, *caput*). A arguição de relevância estava sujeita a preparo perante o tribunal onde era oferecida, devendo o arguente pagar as custas, despesas para a formação do instrumento e os portes de remessa e retorno ao STF, no prazo determinado pela decisão que mandava processá-la, sob pena de deserção. [...] A relevância era necessariamente apreciada antes do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento interposto da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, não interferindo no julgamento deste, de maneira que o recurso extraordinário poderia não ser conhecido pela Turma, ainda que a relevância tivesse sido acolhida, nos casos em que os

segundo Sandro Marcelo Kozikoski (2005, p. 744), com o intuito de “descongestionar” o STF, coadunando-se com a pretensão de fortalecimento da excelência das funções jurídicas e políticas do órgão de cúpula do Judiciário nacional”. Ainda, o autor (KOZIKOSKI, S., 2005, p. 750) afirma que é necessário visualizar a repercussão geral em cotejo com as perspectivas assinaladas em matéria de controle de constitucionalidade, referindo-se, nesse caso, à sugestão de André Ramos Tavares (2004, p. 58), para o qual é necessário conjugar as técnicas difusa e concentrada de controle de constitucionalidade, de modo a ampliar a eficácia das decisões proferidas em Recursos Extraordinários. De fato, o autor em questão (TAVARES, 2004, p. 58) trabalha com uma perspectiva de aproximação entre os modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade, advertindo que não há motivos para que as decisões proferidas nos Recursos Extraordinários – e, portanto, na via difusa – “continuem a ter validade restrita às partes do processo do qual tenha emergido. Isto só se explica, no sistema brasileiro atual, em virtude de uma indevida recomendação e reverência históricas”. Com efeito, estava o autor (TAVARES, 2004, p. 58) a se referir ao artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, “repetição indevida de imotivada de um regime próprio de um sistema constitucional que só trabalhava com o modelo concreto-difuso de controle, como ocorrera na Constituição de 1934”.

6.3.2 Repercussão geral e efeito vinculante: um novo Recurso Extraordinário?

Segundo Gisela Maria Bester (2005, p. 90), quanto à sua extensão a Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como prolixa ou analítica, pois possui texto amplo e extremamente minucioso, como se nele estivesse “analisando” os assuntos tratados. De um modo geral, praticamente todas as Constituições desse tipo surgiram num contexto de larga desconfiança em relação a recém-extintos regimes ditatoriais – como na hipótese brasileira, conforme mencionado no tópico 3.3.3 e 3.4.1 – ou no pós-guerra, o que fez com que se nelas se quisesse pôr o máximo de direitos justamente para que aí desfrutassem da garantia de não serem

pressupostos técnicos de admissibilidade, como a utilização do agravo contra o seu não-conhecimento, não estivessem satisfeitos” (LAMY, 2005, p. 168).

suprimidos com tanta facilidade (BESTER, 2005, p. 91). Apesar de representar uma espécie de garantia, no contexto brasileiro essa amplitude conferida ao texto constitucional acarretou o sobrecarregamento do Supremo Tribunal Federal, pois com um pouco de retórica e de argumentação, praticamente toda matéria pôde – como de fato ainda pode – facilmente ser atrelada a um direito constitucionalmente assegurado. Tudo isso contribuiu para que o Supremo Tribunal Federal fosse transformado num mero tribunal recursal, distanciado da sua precípua função, qual seja, a guarda da Constituição.

Com a repercussão geral, contudo, é possível que tal atribuição seja finalmente confiada ao Supremo Tribunal Federal, pois apenas aquelas causas versando sobre matéria exclusivamente constitucional e não adstritas aos interesses das partes poderão ser apreciadas. A tendência, com isso, é criar um círculo vicioso no qual menos recursos adentrarão ao Tribunal, que terá mais tempo para apreciá-los com a atenção merecida. Nessa perspectiva, os Recursos Extraordinários deixam de funcionar como meros instrumentos a favor dos litigantes em processo judicial e passam a constituir ferramentas a serviço da jurisdição constitucional. Dentro dessa perspectiva, portanto, não há mais porque manter os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade limitados apenas às partes envolvidas no processo, como tradicionalmente vem se admitido (apesar dos precedentes citados acima).

De um certo ponto de vista, esse posicionamento já pode ser conferido em alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a decisão no Processo Administrativo 318.715, no qual o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou que a função do Supremo nos recursos extraordinários não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores, mas sim de resolver pela via em referência aquelas questões que transcendem os interesses subjetivos. Essa mesma tese também foi defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n. 376.852, ocasião na qual reafirmou a necessidade de transformação do Recurso Extraordinário em mecanismo de defesa da ordem constitucional subjetiva, e não apenas de forma de defesa de interesse das partes litigantes²⁴⁸. Adiante, continua o Ministro Gilmar

²⁴⁸ Ao dispor sobre o Recurso Extraordinário interposto contra a decisão proferida pelas Turmas Recursais do Juizado Especial, assim pronunciou-se o Ministro: “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse

Ferreira Mendes afirmando que essa orientação há muito mostra-se dominante no direito americano²⁴⁹. Finalmente, não é demais mencionar o julgamento do Agravo de Instrumento n. 375.011, no qual a Ministra Ellen Gracie dispensou o prequestionamento como requisito de admissibilidade de Recurso Extraordinário, fazendo referência em seu voto a uma série de outros precedentes nos quais o Supremo Tribunal Federal reconheceu o seu caráter objetivo. Ressalte-se que na decisão em referência a Ministra reconheceu que há tempos encontrava-se pacificada pela Corte a necessidade de prequestionamento para processamento do Recurso Extraordinário. No entanto, num forte indício de que o engessamento da jurisprudência não configura uma ameaça real, a Ministra decidiu pela superação da questão no caso em comento²⁵⁰.

Assim, é fato que também pela revisão de alguns conceitos relacionados ao Recurso Extraordinário é possível afirmar que a jurisdição constitucional vem passando por algumas significativas mudanças. Nesse novo contexto, a repercussão geral pode perfeitamente viabilizar um contexto no qual também as decisões

instrumento 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 Cortes Constitucionais 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'.

²⁴⁹ De acordo com o voto proferido pelo Relator, já "no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido Referat sobre 'a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional', que quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. 'Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de ato estatais – dizia Triepel – mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas'. [...] Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o Judiciary Act de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar [...]. Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, 'para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas [...]. De certa forma, é essa visão que, com algum atraso e relativa timidez, ressalte-se, a Lei n. 10.259, de 2001, busca imprimir aos recursos extraordinários, ainda que, inicialmente apenas para aqueles interpostos contra as decisões dos juizados especiais federais".

²⁵⁰ A propósito, assim se manifestou a Ministra em seu voto: "A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. Foi o que decidiu a Primeira Turma desta Corte no julgamento de caso idêntico ao presente: AI 383.617-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/09/2002. Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal. [...] Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões".

proferidas em sede de controle de constitucionalidade passariam a vincular as demais instâncias do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas suas três esferas de representatividade.

CONCLUSÕES

O presente estudo pretendeu demonstrar a tendência de atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

A partir de tudo o que foi mencionado, é possível concluir que nos últimos anos a jurisdição constitucional brasileira passou por inúmeras mudanças, muitas das quais em torno do efeito vinculante. De fato, como exaustivamente mencionado, num primeiro momento o instituto em questão sequer integrava a jurisdição constitucional brasileira. Havia, é verdade, um potencial antecedente de vinculação já no contexto da Primeira República, uma vez que o artigo 59, parágrafo 2º, da Constituição de 1891 estabelecia que nas hipóteses em que necessitasse aplicar leis estaduais, a recém-instituída justiça federal deveria consultar a jurisprudência dos tribunais locais, sendo que estes igualmente deveriam consultar a jurisprudência daquela quando necessitassem interpretar leis da União. Diz-se apenas potencial antecedente porque pairavam, na ocasião, dúvidas sobre a sua necessária e compulsória observância pelos seus destinatários. De qualquer forma, mesmo que se admitisse a vinculação na observância, ainda assim o efeito vinculante não estaria nem próximo do contemporâneo, pois este atinge não apenas os órgãos do Poder Judiciário mas também a Administração Pública direta e indireta, em seus três níveis de representatividade.

Já num segundo momento, o efeito vinculante passou a flertar com a jurisdição constitucional brasileira no contexto da criação da chamada Representação Interpretativa, como se depreende da conjugação dos artigos 119, inciso I, alínea I, do texto de 1969 – acrescentado por meio da Emenda 7/1977 – e 187 do Regimento Interno do STF. Com efeito, o primeiro dispositivo trazia a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade, ou para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Por sua vez, o segundo artigo estabelecia que a “partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”. A partir de então, o efeito vinculante passou a afirmar-se gradativamente, sendo que alguns anos mais tarde ele entraria para o texto da nova Constituição por meio da promulgação da Emenda Constitucional n. 3/1993.

Se fosse possível escolher a alteração mais importante em matéria de efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira, não haveria porque pensar duas vezes antes de apontá-la. De fato, forte na influência do direito alemão, a Emenda em referência trouxe para o direito brasileiro o efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal. Inicialmente, a Emenda previu-o apenas para a ação declaratória de constitucionalidade. No entanto, reconhecendo o caráter ambivalente existente entre esta e a ação direta de inconstitucionalidade, não tardou para que a jurisprudência – com o amparo da doutrina – passasse a atribuí-lo também para a ação direta de inconstitucionalidade até que a Lei n. 9.882/1999 padronizou os efeitos das decisões proferidas em ambas e corrigiu essa contradição, prevendo o efeito vinculante tanto para a declaração de constitucionalidade quanto para a declaração de inconstitucionalidade, bem como para a interpretação conforme a Constituição e para a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Contudo, foi mencionado que essa correção deu-se no plano infraconstitucional, apenas. No plano constitucional, criando um verdadeiro disparate na jurisdição constitucional brasileira, permanecia a previsão do efeito vinculante apenas para a ação declaratória de constitucionalidade. Tal situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional 45/2004, ocasião na qual o artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição foi novamente modificado, agora para constar que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade passariam a produzir eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Paralelamente, após muitas discussões a respeito, a Emenda Constitucional em questão finalmente criou as súmulas vinculantes por meio da inclusão do artigo 103-A na Constituição.

Logo, é possível concluir que o efeito vinculante foi timidamente infiltrando-se na jurisdição constitucional brasileira até tomar conta das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, o desenvolvimento do tema no Brasil e o fortalecimento de um sentimento de prevalência da ordem constitucional fez com que o Supremo Tribunal Federal sinalizasse a possibilidade de estender o efeito vinculante também para as decisões proferidas no campo difuso

de controle de constitucionalidade. Para ficar apenas com dois deles, menciona-se a decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 197.917, na qual, a pretexto de fixar o número de vereadores do município de Mira Estrela, no Estado de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal acabou definindo as regras para o número de representantes nas Câmaras Municipais de todo o país, e a decisão proferida na Reclamação n. 4.335-5, na qual se reconheceu a possibilidade de se atribuir efeito vinculante a todas as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, cogitando, inclusive, na desnecessidade do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

De fato, a possibilidade existe, e por tudo o que tem se apresentado, é até mesmo possível afirmar que há uma verdadeira tendência na chamada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mesmo porque não faz sentido admitir uma diferença tão substancial entre os efeitos da decisão proferida na via concentrada e da decisão proferida na via difusa de controle de constitucionalidade, considerando que o parâmetro do controle é sempre o mesmo. Essa incongruência, em verdade, apenas depõe contra a jurisdição constitucional e até mesmo contra a efetividade da Constituição, tão caras ao constitucionalismo moderno.

É importante, nesse contexto, que se reconheça a transcendência do efeito vinculante aos fundamentos ou motivos determinantes das decisões, de forma a desapegá-lo da parte dispositiva da decisão, seja para efetivamente diferenciá-lo da eficácia *erga omnes*, seja para homenagear a autoridade da decisão e a posição institucional do Supremo Tribunal Federal. É dizer, ou se reconhece que este, da posição de cúpula do Judiciário, efetivamente defende a Constituição, ou se admite que o sistema foi construído em cima de uma premissa falsa, em que o Judiciário apresenta-se não como uma estrutura lógica e organizada, mas sim como um emaranhado, em que cada juiz tem o poder para decidir a seu bel-prazer, em detrimento da segurança jurídica e da certeza do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura; MORAIS, José Luis Bolzan. A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições. Porto Alegre, 2004.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al]. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: BRITO, J. Sousa e. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008.

BACHOF, Otto. **Jueces y constitucion**. Madrid: Civitas, 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Teoria geral da justiça constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BENDA, Ernesto [et. al.]. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITO, José Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, J. Sousa e. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. A “súmula vinculante” o processo civil brasileiro. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. **Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC**. São Paulo: Atlas, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodium, 2007.

_____. **Direito constitucional geral: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2007.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, João Luis Fischer. **Efeito vinculante**: dos precedentes jurisprudenciais; das súmulas dos tribunais. São Paulo: Thomson IOB, 2004.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factibilidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 1 v.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JAY, John; MADISON, James; HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al]. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual dos recursos cíveis**: teoria geral e recursos em espécie. Curitiba: Juruá, 2003.

KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio; NICZ, Alvacir Alfredo. O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes. **Cadernos da escola de direito e relações internacionais da Unibrasil**, n. 07, jan-dez 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al]. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253&p=2>>. Acesso em: 4 dez. 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Jurisdição constitucional e constituições principiológicas. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento: estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1996. 2 v.

_____. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In: BRITO, J. Sousa e. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al]. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Inovações da lei 9.756/98 em matéria de recursos civis. In: _____. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da jurisdição constitucional. In: BRITO, J. Sousa e. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

NICZ, Alvacir Alfredo. **Estudos de direito administrativo**. Curitiba: JM, 1995.

_____. Iniciativa privada versus iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 41, n. 163, jul-set. 2004.

PALU, Luis Oswaldo. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade: abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**. Ano 11, n. 242, fev. 2007.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**: defesa das liberdades civis (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. 1 v.

SANTANA, Izaias José de. **Controle concreto de constitucionalidade**: efeitos das decisões e vinculação do Poder Judiciário. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

SANTANDER, Nelson Luis; SORMONI, Alexandre. **Súmula vinculante**: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004. Curitiba: Juruá, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce le Tiers État? 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Jurisdição constitucional da liberdade no Brasil. In: Anuário Iberoamericano de justiça constitucional. **Anuario Iberoamericano de justicia constitucional**, v.3, 1999.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SOUSA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. 1. ed. 3. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro, São Paulo: 2002.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário (EC 45/2004). In: AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e proposta. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (Org.). **Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: BRITO, J. Sousa e. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 100, out-dez 2000.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à segunda fase da reforma do código de processo civil: Lei 10.352, de 26.12.2010, Lei 10.358, de 27.12.2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVACKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**. Curitiba, v. 27/153-174, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)