

CLEANTO DE ALBUQUERQUE COELHO FERNANDES

**A APROXIMAÇÃO ENTRE OS MODELOS DIFUSO E
CONCENTRADO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de especialização em
Direito Constitucional do Instituto
Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientadora: Professora Christine Oliveira
Peter Silva

BRASÍLIA

2010

Roberta e Rebeca.

A vocês dedico este trabalho.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, à equipe de servidores da biblioteca do Supremo Tribunal Federal (pelo atendimento sempre cordial e pela inestimável ajuda no trabalho de pesquisa bibliográfica), à Coordenação Acadêmica do IDP e à Professora Christine Peter .

RESUMO

Esta monografia investigou a aproximação entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no Brasil, tendo em conta as principais alterações ocorridas na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foram utilizadas as técnicas bibliográfica e jurisprudencial e o trabalho seguiu a linha dogmático-jurídica. A pesquisa permitiu concluir que, muito embora o processo de aproximação tenha avançado nos últimos anos, ainda não é possível falar em completa equiparação dos efeitos das decisões proferidas pela Suprema Corte em sede incidental e em sede abstrata. Portanto, não ocorreu mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal (dispositivo que trata da suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal). Mesmo porque a Constituição Federal outorgou ao Supremo Tribunal Federal mecanismos capazes de atribuir eficácia geral mesmo às decisões proferidas em controle difuso, sem que haja a necessidade de uma delicada decisão institucional, como seria um decreto de mutação constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Modelos Difuso e Concentrado. Aproximação. Suspensão. Senado Federal. Mutação Constitucional.

ABSTRACT

This monograph investigated the narrowing of diffuse and concentrated constitutionality control in Brazil, regarding the mainly changes that occurred in the Brazilian legislation and the Supreme Court (STF) jurisprudence. In order to do so, bibliographic and jurisprudential techniques were used, following the dogmatic-legal line. This research allowed to conclude that, although narrowing process has advanced in the last years, it is still not possible to talk about a complete assimilation of the effects caused by the decisions given by the Supreme Court in incidental and in abstract control. Therefore, it hasn't occurred a constitutional mutation of the inciso X, article 52, from the Federal Constitution (apparatus that deals with the suspension, by the Federal Senate, of the execution of the declared unconstitutional law by the Federal Supreme Court). Even because the Federal Constitution has granted to the Federal Supreme Court mechanisms that are able to attribute general effectiveness even to the decisions pronounced in diffuse control, without the need of a delicate institutional decision, as a constitutional mutation decree would be.

Keywords: Constitutionality Control. Diffuse and Concentrated Models. Narrowing. Suspension. Federal Senate. Constitutional Mutation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. HISTÓRICO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONAL DE ATOS NORMATIVOS	12
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
1.2 O SISTEMA AMERICANO OU DIFUSO	14
1.3 O SISTEMA AUSTRIACO OU CONCENTRADO	22
1.4 DISTINÇÕES ENTRE OS SISTEMAS AMERICANO E AUSTRIACO ...	27
2 A APROXIMAÇÃO ENTRE OS MODELOS NORTE-AMERICANO E AUSTRIACO	30
2.1 ORIGEM DA BIPOLARIDADE	30
2.2 O DESUSO DA BIPOLARIDADE	33
2.3 O CONTRAPONTO DE ROGER STIEFELMANN LEAL	38
3. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS NO BRASIL	41
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	41
3.1.1 <i>A Constituição de 1824</i>	41
3.1.2 <i>A Constituição de 1891</i>	41
3.1.3 <i>A Constituição de 1934</i>	42
3.1.4 <i>A Constituição de 1937</i>	43
3.1.5 <i>A Constituição de 1946</i>	44
3.1.6 <i>A Emenda nº. 16, de 1965</i>	46
3.1.7 <i>A Constituição de 1967 e a Emenda nº1, de 1969</i>	46
3.1.8 <i>A Constituição de 1988 e suas Emendas</i>	47
3.2 CONFIGURAÇÃO ATUAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	49
4. A APROXIMAÇÃO ENTRE OS MODELOS DIFUSO E CONCENTRADO NO BRASIL	52
4.1 A REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA ADPF	57
4.2 A REPERCUSSÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF NAS DECISÕES DE OUTROS TRIBUNAIS	57
4.3 OS CASOS EM QUE, EM SEDE INCIDENTAL, O STF NÃO DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI	59
4.4 AS SÚMULAS VINCULANTES	61
4.5 OS CASOS EM QUE, EM SEDE INCIDENTAL, O STF DECLARA, COM EFEITO TEMPORAL MODULADO, A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI	62
4.6 OS PODERES ATRIBUÍDOS AO RELATOR PELAS LEIS 8.038/90 E 9.756/98	63
4.7 OS CASOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS PELO STF	64

<u>4.8</u>	<u>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM AÇÕES COLETIVAS</u>	<u>65</u>
<u>4.9</u>	<u>OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS INTERPOSTOS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS</u>	<u>66</u>
<u>4.10</u>	<u>O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL.....</u>	<u>67</u>
<u>4.11</u>	<u>A DISPENSA DO PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO</u>	<u>70</u>
<u>4.12</u>	<u>A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO APELO EXTREMO COMO BASE EM FUNDAMENTO DIVERSO DAQUELE EM QUE SE ASSENTOU O ACÓRDÃO RECORRIDO</u>	<u>71</u>
<u>4.13</u>	<u>O § 3º DO ARTIGO 475 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</u>	<u>72</u>
<u>4.14</u>	<u>A ADMISSÃO DE <i>AMICUS CURIAE</i> NO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS</u>	<u>72</u>
<u>4.15</u>	<u>CONSEQUÊNCIAS DA APROXIMAÇÃO ENTRE OS MODELOS.....</u>	<u>73</u>
<u>5.</u>	<u>CONCLUSÃO</u>	<u>74</u>
<u>6.</u>	<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>76</u>

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis.

O monopólio do Procurador-Geral da República teve fim com a significativa ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. E essa ampliação trouxe consigo a possibilidade de submeter praticamente qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, enquanto que no sistema de 1967/1969 o modelo difuso era predominante e a representação de inconstitucionalidade tinha um papel de coadjuvante, com a Constituição de 1988 o controle difuso teve sua importância reduzida, passando a predominar o controle abstrato com suas decisões dotadas de eficácia geral. O modelo continuou a ser misto, mas a ênfase, antes no controle difuso, passou a ser no controle concentrado.

Ora, essa ampliação do controle abstrato (que, entre outras inovações, possibilitou a suspensão liminar de leis ou atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal, mediante decisão dotada de eficácia geral, proferida em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade) contribuiu para que fosse reaceso o debate em torno do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, que trata da suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho objetiva apresentar pesquisa no campo do Direito Constitucional, procurando despertar no leitor o interesse a respeito do processo da aproximação entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no

Brasil e, conseqüentemente, a respeito da interpretação que há de ser conferida, atualmente, ao inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

A pesquisa seguiu a linha dogmático-jurídica, utilizando as técnicas bibliográfica e documental-jurisprudencial.

No primeiro capítulo, foi feito um breve histórico dos principais sistemas de controle de constitucionalidade: o americano (difuso) e o europeu-kelseniano (concentrado). Em seguida, foram sintetizadas as mais marcantes distinções entre esses modelos de controle.

O segundo capítulo, inspirado nas lições de Francisco Fernández Segado e Mauro Cappelletti, foi dedicado, inicialmente, à análise da origem da chamada bipolaridade entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

Em seguida, foram apresentadas, em linhas gerais, as evidências de que a referida bipolaridade está ultrapassada, isto é, de que está em curso um processo de aproximação entre os dois principais modelos de controle.

Finalizando o segundo capítulo, foi abordado o contraponto de Roger Stiefelmann Leal, para quem a bipolaridade não está obsoleta.

No terceiro capítulo do trabalho, foram apresentadas as principais modificações levadas a efeito por cada uma das Constituições brasileiras no controle de constitucionalidade.

No quarto e último capítulo, elaborado com base, centralmente, no magistério do Ministro Gilmar Mendes, foi abordada a origem do instituto da suspensão, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Foram apontadas as mais importantes alterações legislativas e jurisprudenciais no controle de constitucionalidade no Brasil, de modo a comprovar que houve, nos últimos anos, uma redefinição do papel do recurso extraordinário, que deixou de ser um simples instrumento de resolução de litígios entre partes para se tornar uma importante ferramenta de defesa da ordem constitucional objetiva.

Em outras palavras, o capítulo final da pesquisa analisou os indícios da aproximação (quanto ao procedimento e aos efeitos da decisão) entre os modelos de controle de constitucionalidade no Brasil. Indícios que estariam a justificar a verdadeira mutação constitucional (vale dizer, reforma sem alteração no texto) no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

Dessa forma, pode-se afirmar que o objeto deste trabalho constitui-se em um dos temas mais instigantes do Direito Constitucional brasileiro da atualidade. Deve ser ressaltado, no entanto, que a presente monografia não exaure o tema, mesmo porque a matéria ainda carece de definição no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

1. HISTÓRICO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS

1.1 Considerações iniciais

O controle de constitucionalidade de atos normativos não tem origem um ato único, mas resulta de um processo de amadurecimento que se desenvolveu ao longo de séculos.¹ Processo que será abordado, sucintamente, neste primeiro momento.

A idéia de supremacia de uma determinada lei sobre um dado corpo de leis existia em sistemas jurídicos antigos. Como afirma André Ramos Tavares, “há muito se atribuem às leis alguns valores (‘pesos’) diferenciados, no sentido de que parte delas sobressaia e tenha primazia sobre as demais.”²

Em outras palavras, uma análise histórica mais cuidadosa revela a existência de produtos de abstração jurídica, anteriores ao Estado Moderno, a que se pode conferir grau de superioridade em determinados ordenamentos jurídicos. Esses produtos, ainda que não possam ser identificados como aquilo que hoje chamamos de Constituição em sentido estrito, não podiam ser violados por normas ordinárias.³

Com efeito, no Direito ateniense, os *nómoi* se aproximavam do que hoje conhecemos como leis constitucionais, dado que diziam respeito à organização do Estado e somente poderiam sofrer modificações por meio de procedimentos especiais, com

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 61.

² TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49.

³ LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009, p. 95.

características semelhantes às das modernas revisões constitucionais. A seu turno, os *psefismata* (decretos) deveriam observar, quanto à forma e à substância, os *nómoi*.⁴

Na história medieval, o direito natural (*jus naturale*) era tido como norma superior, na qual as outras normas (*jus positum*) deveriam buscar inspiração.⁵ Em outras palavras, uma lei que contrariasse um preceito de Direito Natural era considerada injusta e carente de legitimidade, razão pela qual deveria ser retirada do ordenamento jurídico.⁶

Vale mencionar, ainda, a escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que defendia a existência de direitos inatos, intangíveis e irrenunciáveis, que configuravam limites à atuação do legislador.⁷

Cabe, agora, anotar que, no tocante ao desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade, há doutrinadores que não se detêm nesses registros de supremacia de determinadas leis em relação a outras. Por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma, simplesmente, que o surgimento do controle de constitucionalidade de leis se deu nos Estados Unidos da América.⁸ A seu turno, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt anota que a primeira manifestação histórica da idéia de se atribuir às Cortes de Justiça a guarda da Constituição ocorreu na prática constitucional daquele país.⁹

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 50-51.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 51-52.

⁶ LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009, p. 102.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 52-53.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 34.

⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 12.

Seja como for, o certo é que a compreensão dos fatos que levaram ao surgimento do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade de leis é de extrema relevância. Por essa razão, o próximo item é dedicado à análise de tais fatos.

1.2 O sistema americano ou difuso

Por mais paradoxal que possa parecer, foi o sistema inglês da supremacia absoluta do Parlamento em relação aos demais Poderes que favoreceu o surgimento da supremacia do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América.¹⁰

E a maior contribuição da experiência inglesa foi a realização do controle abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Poder Judiciário. Isso porque, no julgamento do caso *Bonham*, em 1610, de forma pioneira, um magistrado integrante do Poder Judiciário (Edward Coke) exerceu papel de fiscal das atividades do Parlamento.¹¹

Naquele julgamento, Edward Coke assentou que o direito comum (*common law*), base da ordem jurídica inglesa, era instrumento de controle da produção normativa ordinária.¹² Mais: declarou que cabia ao Poder Judiciário realizar esse controle dos atos praticados pelo Parlamento em face do direito comum.¹³

A respeito do mesmo julgamento, Dirley da Cunha Junior anota:

No famoso caso *Bonham*, discutido em 1610, junto ao Tribunal das *Common Pleas*, o juiz Sir Coke considerou que a *Common Law* constituía *higher law* fundada na razão, ou seja, operava como uma lei fundamental, condensando as idéias de Direito básicas sobre organização do poder e sobre os direitos dos súditos. A propósito do

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 57-58.

¹¹ LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009, p. 104-105.

¹² LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009, p. 105.

¹³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

caso, sabe-se que *Bonham* era médico que exercera em Londres suas atividades profissionais, sem autorização do Colégio de Médicos de Londres, sendo por este fato punido. O juiz Coke questionou a legitimidade da lei que previa tal punição, em razão de a mesma contrastar com a *natural equity*, que constituía *Common Law*, por reunir os fundamentos racionais da justiça comum.¹⁴

Em síntese, a doutrina de Edward Coke atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando aplicação àquelas que contrariassem a *common law*.

15

As ideias de Edward Coke foram abandonadas na Inglaterra, em 1688, quando foi proclamada a supremacia do Parlamento (em vigência até os dias de hoje).¹⁶ Apesar disso, foram transpostas para a América, onde ganharam novos contornos.¹⁷

De fato, muitas das colônias inglesas da América foram regidas por “Cartas” ou “Estatutos” da Coroa, que podem ser consideradas as primeiras Constituições das Colônias, dado que vinculavam o legislador colonial e regulavam a estrutura fundamental dessas Colônias. Em geral, essas Constituições dispunham que as Colônias poderiam legislar, desde que a legislação não fosse contrária às leis da Inglaterra (ou seja, à vontade do Parlamento inglês).¹⁸ Assim, nas colônias britânicas, passou-se a examinar a legitimidade das leis coloniais em face do ordenamento da metrópole.¹⁹ E, nesse contexto, muitas leis

¹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da . **Controle Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 62.

¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63-64.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 60.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 60-61.

¹⁹ LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009, p. 107.

coloniais foram anuladas ou deixaram de ser aplicadas por serem consideradas contrárias às “Cartas”.²⁰

É possível inferir, portanto, que as noções de superioridade e dever de obediência eram aceitas nas colônias pré-independência. Em outras palavras, havia uma cultura de hierarquização estabelecida.²¹

Com a independência das colônias inglesas da América, em 1776, as antigas “Cartas” foram substituídas por Constituições, isto é, leis fundamentais dos novos Estados. E, assim como no passado as leis contrárias às “Cartas” eram consideradas nulas, as leis contrárias às Constituições dos Estados independentes também deveriam ser proclamadas nulas.²²

Foi justamente isso que ocorreu, por exemplo, em Rhode Island (1786), na Carolina do Norte (1787), em New Jersey (1780) e na Virgínia (em 1782), onde houve casos de pronúncia de inconstitucionalidade de leis.²³

No entanto, o processo de incorporação da *judicial review* ao direito constitucional americano se consolidou com a decisão do juiz John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*.²⁴ Vejamos.

Com a vitória republicana de Thomas Jefferson nas eleições de 1800, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas, a fim de manterem sua influência política,

²⁰ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

²¹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

²² CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 62.

²³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64.

fizeram aprovar, em 1801, uma lei que reorganizava o Poder Judiciário no âmbito federal. Por meio daquela lei, entre outras medidas, foi reduzido o número de Ministros da Suprema Corte (o que impediria uma nomeação a ser feita pelo novo Presidente) e foram criados alguns cargos de juiz federal (todos preenchidos por federalistas aliados de John Adans). Pouco depois, ainda em 1801, uma nova lei autorizou o Presidente derrotado a nomear vários juizes de paz (sendo que os nomes foram aprovados pelo Senado na véspera da posse de Thomas Jefferson). Deu-se que John Adans assinou os termos de investidura dos novos juizes no último dia do seu governo e encarregou o Secretário de Estado John Marshall de entregar os referidos atos aos nomeados. Vale registrar que John Marshall fora indicado pelo Presidente John Adans para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (e, não obstante seu nome já houvesse sido aprovado pelo Senado, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adans). Ora, John Marshall não foi capaz de entregar todos os atos de investidura em um único dia e, desse modo, o governo de John Adans se encerrou sem que alguns nomeados os recebessem, entre os quais Willian Marbury.²⁵

Muito bem. Thomas Jefferson, ao tomar posse, nomeou James Madison como Secretário de Estado e, por entender que a nomeação de Marbury não se completara (pois, como visto, o ato de investidura não havia sido entregue), determinou que Madison não efetivasse a nomeação de Marbury.²⁶

Foi então que, em 1801, William Marbury ajuizou ação (*writ of mandamus*) para ver reconhecido o seu direito à posse, com fundamento em uma lei de 1789, que havia

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-4.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

atribuído à Suprema Corte a competência para processar e julgar causas daquela natureza. Foi designada a Sessão de 1802 para julgamento do caso.²⁷

Acontece que o Congresso, já de maioria republicana, revogou a lei que reorganizara o Judiciário Federal. Ao fazê-lo, extinguiu os cargos criados e destituiu seus ocupantes. Mais: para evitar que essa revogação fosse questionada, o Congresso suprimiu a Sessão de 1802 (pelo que a Suprema Corte ficou sem se reunir de dezembro de 1801 a fevereiro de 1803).²⁸

Ao mesmo tempo, eram anunciadas a recusa de Thomas Jefferson em cumprir eventual decisão da Suprema Corte que determinasse a entrega dos atos de investidura, bem como a abertura, pela Câmara, de processo de *impeachment* contra um juiz federalista (o que também poderia ocorrer com os Ministros da Suprema Corte).²⁹

Tratava-se, portanto, de tensão política entre dois presidentes americanos, de partidos diferentes, que buscavam resguardar cargo comissionado do Poder Judiciário norte-americano a seus aliados políticos. Os federalistas, no entanto, estavam em vantagem, pelo fato de John Marshall e outros juízes serem agregados àquela facção.³⁰

Foi então que, em meio a esse ambiente politicamente hostil, no ano de 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América apreciou a controvérsia. E o juiz John Marshall dividiu seu voto condutor em três partes: na primeira, demonstrou que Marbury tinha direito à investidura no cargo; na segunda, assentou que, necessariamente, deveria haver

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4-5.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

remédio jurídico que assegurasse aquele direito; e, na terceira, enfrentou duas questões: saber se o *writ of mandamus* era o remédio apropriado e se a Suprema Corte tinha competência para concedê-lo.³¹

Assim, a Suprema Corte, invertendo a ordem do exame das questões preliminares, decidiu que Madison agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury e que, segundo os princípios da *common law*, havia remédio jurídico para o problema, o *mandamus*, mediante o qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Na sequência, no entanto, a Suprema Corte se deu por incompetente para apreciar originariamente o *writ*. Ao fazê-lo, a Corte considerou inconstitucional o dispositivo legal que atribuía competência originária à Suprema Corte para expedir ordens de *mandamus*.³²

Em seu voto, Marshall apresentou os três grandes fundamentos do controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrariar a Constituição e, finalmente, a atuação do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.³³

Em suma, ao apreciar o caso Marbury versus Madison, em 1803, a Suprema Corte americana estabeleceu o princípio da supremacia da Constituição e a autoridade do Poder Judiciário de zelar por essa Constituição, podendo, para tanto, invalidar atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo.³⁴

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5-7.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7-8.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.8.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

Noutro modo de repetir a idéia, naquele julgamento, o juiz Marshall demonstrou que, sendo a Constituição a base do direito e não podendo ser alterada por meios ordinários, as leis que com ela entrassem em contradição seriam nulas, não obrigando os particulares. Além disso, demonstrou que ao Judiciário compete apreciar a constitucionalidade das leis, dado que cabe a ele dizer o que é direito.³⁵

Afinando sua voz por esse mesmo diapásão, Dirley da Cunha Junior afirma:

A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior. Com efeito, resulta clara, desta decisão, a observação que Marshall faz, no sentido de que, quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição, a alternativa é muito simples: ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não suprema e o poder legislativo pode mudá-la ao seu gosto através de lei ordinária. Segundo Marshall, não havia meio termo entre estas duas alternativas. Como cediço, a Corte, influenciada por Marshall, optou pela primeira alternativa, consolidando o sistema judicial do controle da constitucionalidade das leis, que entrou para a história do direito constitucional, servindo de modelo e referencial obrigatório para muitos países da América e, inclusive, da Europa.³⁶

Não obstante as críticas dirigidas à decisão proferida pela Suprema Corte (por exemplo, no tocante à falta de imparcialidade de Marshall, à estrutura ilógica dessa decisão e à existência de outras interpretações possíveis, que não aquela adotada no julgamento), o fato é que aquele pronunciamento inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno. E, com o passar do tempo, ganhou maior dimensão e teve sua

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 34.

³⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, p. 73-98, 2007, p. 75.

importância reconhecida como o precedente que “assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas”.³⁷

Donde a seguinte afirmação:

A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma - reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.³⁸

Enfim, foi a partir do julgamento daquele célebre caso que a *judicial review* ganhou o mundo e enfrentou com sucesso diversas resistências políticas e doutrinárias.³⁹

1.3 O sistema austríaco ou concentrado

A funcionalidade do sistema americano de controle de constitucionalidade está no princípio do *stare decisis*.⁴⁰ Nas palavras de Amy Coney Barret, esse princípio (na verdade, uma abreviação do brocardo “*stare decisis et non quieta movere*”) significa, basicamente, a prática de uma Corte de seguir seus próprios precedentes ou os precedentes de uma Corte superior:⁴¹

Ora, justamente por estar fundamentado em tal princípio, o modelo americano, embora tenha significado um importante avanço, não apresentava respostas

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 955.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66.

⁴¹ BARRET, Amy Coney. *Stare decisis and due process*. **University of Colorado Law Review**, Vol 74, p. 1011-1076, 2003, p.1016.

adequadas, especialmente no que diz respeito ao sistema de *civil law*, adotado por muitos países da Europa.⁴²

A base doutrinária do sistema americano ou difuso de controle de constitucionalidade de leis é, nas palavras de Mauro Cappelletti, muito coerente e de extrema simplicidade. E, segundo consignado no item anterior, ela foi exposta pelo Juiz John Marshall na sentença proferida no caso *Marbury versus Madison*, em 1803 e pode ser assim sintetizada: I) a função dos juízes é interpretar as leis e aplicá-las aos casos submetidos a sua apreciação; II) segundo as regras de interpretação, em caso de conflito de normas, o juiz deve aplicar a norma prevalente; III) quando se tratar de normas de igual força normativa, a norma aplicável será indicada pelos critérios tradicionais (lei posterior derroga a lei anterior, lei especial derroga a lei geral, etc); IV) quando o conflito ocorrer entre normas dotadas de diferente força normativa, o critério aplicável é aquele segundo o qual a lei superior derroga a lei inferior.⁴³

Ainda de acordo com Mauro Cappelletti, diante da coerência e da simplicidade do sistema difuso, é natural que se examinem os motivos pelos quais a Constituição austríaca de 1920-1929 tenha adotado um sistema concentrado de constitucionalidade de leis, assim como os motivos pelos quais o modelo austríaco foi copiado por diversas Constituições.⁴⁴

No sistema difuso, todos os órgãos judiciários têm o poder-dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos. Ora, não é difícil perceber que a aplicação desse modelo nos sistemas jurídicos da *civil law*, em que não existe o princípio do *stare decisis* (princípio esse típico dos sistemas de *common law*) resultaria, entre outros

⁴² TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 75-76.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 76.

inconvenientes, na possibilidade de uma mesma lei ser considerada inconstitucional por alguns juízes e, ao contrário, ser considerada plenamente aplicável por outros juízes. O que levaria a uma situação de conflito entre órgãos e insegurança jurídica.⁴⁵

No mesmo sentido é o magistério de Marcelo Lamy:

A crítica que sofre o sistema difuso é a convivência com conflitos de interpretação entre os órgãos judiciários, pois todos são intérpretes da Constituição, o que traz incerteza ao direito; bem como o fato de que apesar de já obtida a não-aplicação por declaração de inconstitucionalidade em determinado caso, todos os interessados precisam ajuizar ação, instaurar novo processo, pois a decisão no sistema difuso tem eficácia apenas entre os litigantes.⁴⁶

Assim, nos Países em que não se fazia presente o princípio do *stare decisis* optou-se por atribuir a um órgão judiciário a função de controlar a constitucionalidade das leis, cujas decisões teriam eficácia *erga omnes*.

Na Áustria, como em quase toda a Europa Continental, até o início do século XX, não existia o controle de constitucionalidade de leis como hoje é conhecido. O Parlamento tinha supremacia e, sendo expressão da soberania, as leis não poderiam ter sua legitimidade questionada por nenhum órgão estatal.⁴⁷

Kelsen foi o mentor do sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição austríaca de 1920, cujo exercício era atribuído à Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), de modo concentrado e unicamente por via direta (aos tribunais ordinários não era dado examinar a constitucionalidade das leis).⁴⁸

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 76-77.

⁴⁶ LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, p. 537-575, 2005, p. 553.

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68.

A doutrina que fundamenta o sistema concentrado de controle de constitucionalidade é radicalmente diversa daquela que serve de base ao sistema difuso. No modelo idealizado por Kelsen, vigora a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes. A inconstitucionalidade de uma lei não pode ser decretada por qualquer juiz, como expressão do seu poder-dever de interpretar o direito nos casos submetidos a sua apreciação.⁴⁹

Para Kelsen, o controle de constitucionalidade não era uma atividade judicial, mas uma atividade legislativa negativa. Demais disso, uma lei era válida até que o Tribunal Constitucional proclamasse sua inconstitucionalidade e, em conseqüência, a retirasse do mundo jurídico (portanto, a lei inconstitucional não era nula, mas anulável).⁵⁰

Nesse sentido é a lição de Oswaldo Luiz Palu:

O autor austríaco não pensa em um sistema difuso, mas concentrado, não judicial, mas de natureza legislativa (negativa) e, em certo grau, abstrato. Sendo atividade legislativa, não há dificuldades teóricas em ter a decisão de inconstitucionalidade “com força de lei” e evidentemente *erga omnes*. A decisão seria *constitutiva* e não declaratória como no sistema norte-americano; vale dizer os efeitos seriam *ex nunc* e não *ex tunc*, algo como a revogação da lei.⁵¹

Dessa forma, o introdutor do controle concentrado na Europa objetivou minimizar o poder dos juízes de interpretar a constituição. Além disso, como não podiam ter por objeto casos concretos, as decisões do Tribunal Constitucional tinham alto grau de abstração, o que evitaria a contaminação daquela Corte por valores e paixões inseparáveis dos casos concretos e, por conseguinte, evitaria que o Tribunal exercesse juízo de oportunidade e

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 84.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

⁵¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

conveniência, exclusivo do Parlamento. Assim, cabia ao Tribunal Constitucional, unicamente, exercer o juízo de validade da lei (vale dizer, o juízo de compatibilidade entre a lei e a Constituição), sendo vedado o exame acerca da injustiça do ato legislativo.⁵²

Com a reforma constitucional de 1929 (que será analisada com detença no item 2.2), além do controle abstrato pela via da ação direta, o ordenamento jurídico austríaco passou a admitir o controle concreto, provocado no curso das ações judiciais, exclusivamente pelos órgãos judiciais de segunda instância. Nesse caso, a decisão que reconhecia a inconstitucionalidade do ato normativo era dotada de efeitos retroativos.⁵³

Esse modelo foi assimilado, com algumas alterações, por outros países, especialmente na Europa, entre os quais Alemanha, Itália, Espanha, Turquia, Grécia e Bélgica.⁵⁴ Daí afirmar-se que “o marco consolidatório do sistema de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos exercido por meio judicial é o modelo austríaco de 1920”.⁵⁵ Ou, noutras palavras: a experiência do Tribunal Constitucional da Áustria, com base na teoria de Kelsen, foi determinante para a difusão desse modelo nos países da Europa ocidental.⁵⁶

O pioneirismo do modelo idealizado por Kelsen pode ser explicado pela conjugação do modelo francês (exercido de modo concentrado, porém por órgão político,

⁵² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68-69.

⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69.

⁵⁵ LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009, p. 118.

⁵⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 301.

razão pela qual não foi objeto de análise neste trabalho) com o modelo norte-americano (exercido de modo difuso, por todos os judiciais).⁵⁷

Vale ressaltar que a implantação do modelo austríaco de controle de constitucionalidade também enfrentou dificuldades (até porque a aceitação da idéia de supremacia da Constituição não ocorreu simultaneamente em todos os países da Europa). Como resalta André Ramos Tavares, foi após a I Guerra Mundial que a defesa da Constituição por um órgão especial ganhou novos adeptos, sendo, hoje, amplamente aceita.⁵⁸

1.4 Distinções entre os sistemas americano ou difuso e austríaco ou concentrado

O próximo capítulo será dedicado ao exame dos fundamentos doutrinários que apontam para a convergência entre os modelos de controle judicial de constitucionalidade de leis. Antes, porém, é importante relembrar, ainda que brevemente, as principais diferenças entre esses sistemas.

Pois bem, a primeira distinção se refere ao ponto de vista subjetivo ou orgânico, isto é, diz respeito aos órgãos dotados de competência para realizar o controle.

Conforme anotado, no sistema difuso, tal competência é conferida a uma pluralidade de órgãos.⁵⁹ É dizer: todos os juízes ou tribunais podem reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, por isso, deixar de aplicá-la ao caso concreto.⁶⁰

⁵⁷ LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009, p. 118.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133.

⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 75.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

Já no modelo concentrado, a competência para exercer o controle de constitucionalidade é atribuída a um ou a poucos órgãos, criados especificamente para essa finalidade ou que têm nessa atividade sua função essencial.⁶¹

Outra diferença entre os modelos está relacionada ao modo pelo qual as questões acerca da constitucionalidade das leis são submetidas aos órgãos competentes para decidi-las.

No sistema difuso, o controle de constitucionalidade é exercido em via incidental (ou por via de defesa ou por via de exceção). A inconstitucionalidade é argüida no bojo de um processo judicial, por meio de um incidente, uma questão prejudicial ao mérito. Diz-se, nesse caso, que o controle se dá pela via da exceção, dado o objeto da ação não é a declaração de inconstitucionalidade (nesse sistema, o processo tem caráter subjetivo).⁶²

Por outro lado, no sistema concentrado, o controle é exercido em via principal (ou por via de ação ou por via direta). Logo, a inconstitucionalidade da lei é o objeto de um processo e pode ser suscitada autonomamente. Portanto, o controle é exercido em tese, independentemente da existência de um caso concreto (tem-se, pois, um processo de natureza objetiva).⁶³

Por fim, ainda no tocante às distinções entre os modelos de controle, são necessárias algumas palavras acerca dos efeitos das decisões.

⁶¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 380.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 956.

⁶³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 110.

No modelo americano, a lei inconstitucional é considerada absolutamente nula e, por isso, não pode produzir efeitos. Assim, o juiz não anula a lei, mas declara uma pré-existente nulidade do ato normativo.⁶⁴

A decisão, de natureza declaratória, produz efeitos *ex tunc* e tem eficácia, unicamente, entre as partes que litigam no caso em que o controle de constitucionalidade é exercido (eficácia *inter partes*). Essa limitação da eficácia - ressalte-se - é em parte resolvida pelo princípio do *stare decisis*, que confere força vinculante às decisões da Suprema Corte.⁶⁵

No sistema austríaco, assentada a inconstitucionalidade, a lei, até então válida e eficaz, é anulada. Portanto, a decisão tem caráter constitutivo negativo.⁶⁶

O pronunciamento da Corte Constitucional opera *erga omnes*. Logo, a lei se torna ineficaz para todos, como se houvesse abrogação por outra lei. Além disso, a legislação anterior à lei considerada inconstitucional entra novamente em vigor (salvo se a Corte deliberar diversamente). Não é só: tal pronunciamento produz efeitos *ex nunc*, em regra (existe a possibilidade de que a anulação somente produza efeitos em data posterior à publicação).⁶⁷

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p.115- 116.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 72.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre:Fabris, 1999, p. 116-118.

2. APROXIMAÇÃO ENTRE OS MODELOS NORTE-AMERICANO E AUSTRIACO

2.1 Origem da bipolaridade

Parte da doutrina sustenta que está em curso um processo de convergência ou hibridação entre os modelos americano e europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade de leis.⁶⁸ Por sintetizarem os fundamentos teóricos desse pensamento, os magistérios de Francisco Fernández Segado e Mauro Cappelletti serão as referências na análise da matéria.

De saída, é necessário lembrar que as mais marcantes diferenças entre esses sistemas decorrem da caracterização do Tribunal Constitucional como legislador negativo.⁶⁹

E por quais motivos Kelsen atribuiu ao Tribunal Constitucional esse papel de legislador negativo? Para responder tal indagação, é necessário relembrar que, na Europa, a recepção do sistema de justiça constitucional ocorreu após a I Guerra Mundial.

A constituição de Weimar, então em vigor, não tinha qualquer referência ao controle de constitucionalidade. Essa omissão, no entanto, não significou que a matéria tenha sido ignorada. Ao contrário, ocorreu um caloroso debate doutrinário acerca de determinado dispositivo constitucional que estabelecia a igualdade de todos os alemães perante a lei. Conclui-se, então, que a igualdade deveria ser interpretada não apenas em sentido formal, mas

⁶⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006, p. 63.

⁶⁹ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 375.

como um princípio material que deveria vincular o próprio legislador (ou seja, tal princípio deveria ser um limite ao arbítrio ou à discricionariedade do legislador).⁷⁰

Pois bem, na Alemanha do final do século XIX e início do século XX, a “Escola Livre do Direito” e a “Teoria da Comunidade do Povo” atribuíam aos juízes a faculdade de deixar de aplicar as leis em nome de valores estranhos ao ordenamento jurídico. É dizer: os juízes podiam decidir se as valorações realizadas pelo legislador na relação com o mencionado princípio da igualdade estavam de acordo com a “natureza das coisas”, com uma ordem superior de valores defendidos pela consciência popular (ordem de valores essa que remetia a conceitos amplos e imprecisos, com o bem e a verdade). Em suma, para essas correntes doutrinárias, o Estado de Direito era concebido como Estado sujeito ao Direito, e não à lei.⁷¹

Nessa contextura, ficava reconhecido um direito de controle judicial ocasional, exercido de modo incidental em uma sentença, de acordo com as possibilidades de cada juiz.⁷²

A seu turno, a concepção de Kelsen, consagrada na Constituição austríaca de 1920, era radicalmente contrária à “Teoria da Comunidade do Povo”. Para o jurista de Viena, o romantismo jurídico característico daquela teoria conduziria ao subjetivismo

⁷⁰ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 371.

⁷¹ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 372.

⁷² SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 372.

excessivo. Logo, o Tribunal Constitucional deveria limitar-se ao confronto, em abstrato, de normas jurídicas.⁷³

Conforme anotado no item 1.3, em meio às posições românticas que influenciavam a Alemanha, Kelsen procurou evitar o governo dos juízes, numa época em que havia uma revolta dos juízes contra a lei.⁷⁴ Procurou evitar, também, a falta de uniformidade nas decisões sobre questões constitucionais (que ocorreria caso todos os juízes pudessem exercer o controle de constitucionalidade, dado que na Áustria, um país com um sistema jurídico de *civil law*, não vigorava o princípio do *stare decisis*).⁷⁵

No modelo idealizado por Kelsen, não havia desconfiança em relação ao Parlamento, mas um desejo de protegê-lo dos juízes. Ao conceber o Tribunal Constitucional como legislador negativo, o mestre de Viena fortaleceu o princípio da sujeição dos juízes à lei, o que significou um reforço do Parlamento frente ao Poder Judiciário.⁷⁶

O sistema norte-americano, ao contrário, teve como escopo inicial reforçar a supremacia do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, em especial o Poder Legislativo.

⁷³ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 373.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

⁷⁵ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 374.

⁷⁶ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 375.

Isso pode ser entendido como uma confiança nos juízes e, ao mesmo tempo, uma desconfiança no legislador.⁷⁷

2.2 O desuso da bipolaridade

Desde cedo existiu uma certa relativização dos traços mais característicos da bipolaridade sistema difuso/ sistema concentrado de controle de constitucionalidade de leis.⁷⁸ Relativização, essa, que se acentuou, de modo mais perceptível, após a II Guerra Mundial (com a universalização da jurisdição constitucional) e continua em curso no presente século.⁷⁹

Pois bem, o primeiro indício de relativização das diferenças entre os modelos diz respeito ao órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade.

Conforme anotado, no sistema norte-americano, todos os órgãos jurisdicionais podem pronunciar-se acerca da constitucionalidade das leis, nos casos concretos que são a eles submetidos. No sistema europeu-kelseniano, o controle é monopolizado pelo Tribunal Constitucional. Acontece que, por força da reforma constitucional austríaca de 1929, esse monopólio foi abrandado, pois os dois órgãos jurisdicionais ordinários (Tribunal Supremo e Tribunal de Justiça Administrativa) passaram a ter legitimidade para submeter ao Tribunal Constitucional a controvérsia acerca da constitucionalidade de determinada lei. Passou a existir, então, um “duplo juízo de constitucionalidade”: o primeiro, provisório e

⁷⁷ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 376.

⁷⁸ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 368.

⁷⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 571.

realizado pelo órgão suscitante; o segundo, definitivo e realizado pelo Tribunal Constitucional.⁸⁰

Mauro Cappelletti explica com maior riqueza de detalhes essas mudanças:

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

E, diferentemente do Governo Federal e dos Governos dos Lander, estes dois órgãos judiciários ordinários - Oberster Gerichtshof e Verwaltungsgerichtshof – não podem argüir perante a Corte Constitucional austríaca a questão da constitucionalidade “em via principal”, isto é, “em via de ação”, mas, antes, só “em via incidental” ou “de exceção”, quer dizer, apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo) desenvolvendo-se perante eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante.

Nasceu, deste modo, no Direito austríaco, proveniente da Novelle de 1929, um sistema de controle de constitucionalidade que, sob o aspecto que aqui estamos a examinar, vale dizer, sob o aspecto “modal”, tem um caráter híbrido e, se não é destituído de qualidades, tampouco é destituído de visíveis defeitos.⁸¹

Ora, essa tendência de combinar a técnica do controle incidental com a do controle concentrado ganhou força na Europa pós-guerra.⁸² Tanto isso é verdade que na Itália e na Alemanha os juízes de instâncias inferiores, apesar de não poderem exercer o controle de constitucionalidade de leis, tinham o poder-dever de submeter a questão da

⁸⁰ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 378-380.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 106.

⁸² SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 380.

constitucionalidade à Corte Constitucional, sempre que se encontrassem diante de leis que considerassem contrárias à Constituição.⁸³

A segunda evidência de aproximação é aquela alusiva ao caráter incidental ou principal do controle.

No sistema norte-americano, a impugnação à lei supostamente inconstitucional não pode ocorrer de modo direto, mas somente como questão incidental. No sistema europeu-kelseniano, o procedimento se dá pela via direta ou principal, mediante o ajuizamento de uma ação ou de um recurso de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional.⁸⁴ Entretanto, uma Lei de 1937 conferiu ao Poder Executivo norte-americano a faculdade de recorrer à Suprema Corte contra qualquer decisão que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei federal. Ao fazê-lo, reconheceu a presença do interesse público no controle de constitucionalidade.⁸⁵

O terceiro indício de aproximação entre os modelos está nos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

No modelo americano, o juiz não anula a lei, mas declara uma nulidade pré-existente, isto é, deixa de aplicar uma lei contrária à Constituição (sentença declaratória). Os efeitos da declaração são retroativos (*ex tunc*) e, considerado o caráter incidental da

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 109.

⁸⁴ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 380-381.

⁸⁵ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 382.

controvérsia, limitados ao caso concreto (*inter partes*).⁸⁶ Ocorre que, muito embora os efeitos de determinada decisão se limitem às partes, o princípio do *stare decisis* e a existência de um Tribunal Supremo único tornam o sistema norte-americano, nesse particular aspecto, semelhante ao sistema de controle direto, pois acabam por atribuir à declaração de inconstitucionalidade uma eficácia *erga omnes*.⁸⁷

Em outras palavras, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao caso concreto foi, em boa parte, eliminada nos Estados Unidos, especialmente quando se trata de controle exercido pela Suprema Corte, por força do princípio do *stare decisis*.⁸⁸

A quarta evidência de relativização das diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade também reside nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

No sistema europeu-kelseniano, a declaração de inconstitucionalidade opera *ex nunc*. Entretanto, a citada reforma de 1929 admitiu que, limitadamente ao caso concreto, em que se tenha suscitado a questão da constitucionalidade, a lei contrária à Constituição não tivesse aplicação também em relação aos fatos ocorridos antes do pronunciamento.⁸⁹

⁸⁶ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 383.

⁸⁷ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 384-385.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 118.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 109.

Essa alteração foi absorvida por países como Itália e Alemanha, nos quais passaram a ser vedadas decisões com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*. Vale dizer: nesses países, a inconstitucionalidade passou a equivaler à absoluta nulidade da lei.⁹⁰

Ainda no âmbito dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle, o quinto indício de aproximação dos modelos é o fato de, nos Estados Unidos, exigências de ordem prática (homenagem ao princípio da segurança jurídica) haverem levado à atenuação da doutrina da retroatividade, especialmente nos casos em que a lei declarada inconstitucional foram aplicadas, validamente, por longo período de tempo.⁹¹

A sexta evidência é a caracterização da Corte Suprema americana como órgão exclusivamente de justiça constitucional, isto é, como um verdadeiro Tribunal Constitucional. E isso decorreria, em grande parte, do *writ of certiorari* (instituto semelhante à repercussão geral adotada no Brasil), por meio do qual a Corte Suprema vem limitando o exercício do seu controle, que passa a ser exercido apenas nas questões de maior relevância.⁹²

Por fim, a sétima evidência está na forte influência que a *judicial review of legislation* tem exercido sobre os Tribunais Constitucionais à moda kelseniana, chegando mesmo a alterar o modo como as decisões desses Tribunais são tomadas (com o abandono de uma função meramente negativa e o exercício de uma função criadora).⁹³

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 121-122.

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 122-123.

⁹² SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 388.

⁹³ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005, p. 390.

2.3 O contraponto de Roger Stiefelmann Leal

Roger Stiefelmann Leal refuta os argumentos que sustentam a superação da dicotomia clássica entre os sistemas de controle de constitucionalidade de leis.

Para o citado doutrinador, a introdução do incidente de inconstitucionalidade (pelo qual Tribunais Superiores passaram a possuir legitimidade para provocar a Corte Constitucional) não significa desnaturação do modelo europeu-kelseniano, pelo simples fato de o monopólio do exercício do poder de negar validade às leis (principal característica do sistema) continuar reservado ao Tribunal Constitucional.⁹⁴

Demais disso, a aplica o do princípio do *stare decisis*  s questões constitucionais   de extrema debilidade, dado que, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a supera o de precedentes em matéria constitucional deve ocorrer com frequência. Além disso, a chamada regra do precedente é instrumento de política interna do Poder Judiciário, não vinculando o Executivo e o Legislativo (já a eficácia *erga omnes* alcança todas as esferas do Poder e toda a sociedade).⁹⁵ Sob esse aspecto, portanto, não há evidência de aproxima o entre os sistemas.

Por outra volta, ainda que alguns sistemas inspirados no modelo kelseniano tenham ampliado aos casos em que as decisões passaram a ter eficácia *ex tunc*, não há, no

⁹⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006, p. 65-66.

⁹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006, p. 67-68.

particular, desfiguração significativa do modelo europeu, nem mesmo aproximação com o modelo estadunidense, pois ambos os sistemas admitem a coexistência de ambos os efeitos.⁹⁶

De mais a mais, a limitação das atribuições por força do *writ of certiorari*, não aproxima a Suprema Corte norte-americana de um Tribunal Constitucional, ao estilo europeu. É que, para a configuração do modelo europeu-kelseniano, importa que o exercício do controle de constitucionalidade seja de competência exclusiva da Corte Constitucional, ainda que a esta competência se somem atribuições de natureza distinta. Vale dizer: no modelo europeu-kelseniano, órgãos judiciais ordinários não podem exercer o controle de constitucionalidade de leis.⁹⁷

Finalmente, a suposta superação do perfil de legislador negativo das Cortes Constitucionais, por meio do emprego de novas técnicas de decisão e interpretação (como as sentenças aditivas, as sentenças substitutivas e a interpretação conforme a constituição), não sinaliza uma aproximação com o modelo norte-americano. Isso porque não há, no citado modelo, característica que demonstre semelhança ou proximidade com tais técnicas.⁹⁸

Em conclusão, Roger Stiefelmann Leal afirma que a dicotomia clássica se mantém íntegra.⁹⁹ Em outras palavras, apesar dos indícios de ordem processual, não há

⁹⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006, p. 70.

⁹⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006, p. 70.

⁹⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006, p. 72.

⁹⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006, p. 79.

aproximação ou convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade, pois o núcleo da diferença permanece inalterado.¹⁰⁰

Muito bem. Examinados os dois modelos de controle judicial de constitucionalidade de leis (origens, características e distinções), bem como os argumentos favoráveis e contrários ao fim da chamada bipolaridade, convém analisar o controle de constitucionalidade de leis no Brasil, desde sua evolução histórica até as suas mais recentes transformações legislativas e jurisprudenciais.

3. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS NO BRASIL

3.1 Evolução histórica

A seguir, será abordado, resumidamente, o tratamento dado pelas Constituições brasileiras ao controle judicial de constitucionalidade de leis.

3.1.1 A Constituição de 1824

A Constituição de 1824, sob influência francesa, consagrava o dogma da soberania do Parlamento.¹⁰¹

Com efeito, os n^{os} 8 e 9 do artigo 15 da Constituição Imperial estabeleciam como funções do Parlamento “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição”.¹⁰²

¹⁰⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 573.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190.

Nessa contextura, não se reconheceu ao Poder Judiciário a faculdade de recusar aplicação aos atos normativos inconstitucionais.¹⁰³

3.1.2 A Constituição de 1891

A Constituição de 1891 promoveu grande reformulação nas instituições brasileiras. Seguindo o exemplo dos Estados Unidos da América, foram adotados a República, o presidencialismo, o Legislativo bicameral, a federação, o controle difuso de constitucionalidade por via incidental, a estrutura da Suprema Corte e a justiça federal.¹⁰⁴

O controle de constitucionalidade já era previsto na Constituição Provisória de 1890 (Decreto 510).¹⁰⁵ O que fez a Constituição de 1891 foi reproduzir essa previsão.

Assim, nos termos das letras “a” e “b” do § 1º do artigo 58 da Constituição de 1891, cabia recurso ao Supremo Tribunal Federal quando se questionasse sobre a validade ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela; bem como quando se contestasse 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 considerasse válidos os atos ou leis impugnados.¹⁰⁶

É importante anotar que houve, inicialmente, certa timidez no exercício da atribuição. Entretanto, após os trabalhos de Rui Barbosa e o advento da Lei nº 221, de 1894,

¹⁰² BRASIL. **Constituições do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 19.

¹⁰³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 27.

¹⁰⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

¹⁰⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

¹⁰⁶ **Constituições do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 75.

não houve mais dúvidas acerca do poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle difuso de constitucionalidade.¹⁰⁷

3.1.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1943 não apenas manteve as disposições da constituição anterior, mas também trouxe inovações.

Foi firmado o princípio de que somente pela maioria absoluta da totalidade de seus integrantes os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade das leis (artigo 179).¹⁰⁸

Além disso, foi outorgada ao Senado Federal a competência 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” (artigos 91, IV, e 96). O que emprestava efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁹

Outra importante inovação foi a representação interventiva, uma hipótese de controle por via principal e concentrado. A lei que decretasse a intervenção federal, por violação dos princípios constitucionais sensíveis, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador-Geral da República.¹¹⁰

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 191-192.

¹⁰⁸ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 30.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62-63.

3.1.4 A Constituição de 1937

A mais importante alteração promovida pela Constituição de 1937 foi aquela veiculada pelo parágrafo único de seu o artigo 96, que tinha a seguinte dicção:

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.¹¹¹

Para Gilmar Ferreira Mendes, tal dispositivo significou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade.¹¹²

A seu turno, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello lembra que vários juristas defenderam a modificação, por entenderem que se tratava de uma atenuação à supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes, o que melhoraria o sistema de freios e contrapesos.

113

Ainda no que diz respeito à Constituição de 1937, vale ressaltar a supressão da prerrogativa do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional.

3.1.5 A Constituição de 1946

Na Constituição de 1946, foi suprimida a norma do parágrafo único do artigo 96 da Carta anterior. Pelo que o Poder Judiciário voltou a dar a palavra final em

¹¹¹ BRASIL. **Constituições do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 210.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 195.

¹¹³ Apud PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 129.

questões de natureza constitucional. Ou seja, o controle de constitucionalidade foi restaurado em sua plenitude.¹¹⁴

Juntamente com a competência para julgar recursos ordinários, ao Supremo Tribunal Federal foi outorgada a competência para julgar recursos extraordinários, nos termos das letras “a”, “b”, “c” e “d” do inciso III do artigo 101 da Constituição, cuja redação era a seguinte:

Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.¹¹⁵

Foi preservada a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade (artigo 200) e foi restabelecida a atribuição ao

¹¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituições do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 278.

Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 64).¹¹⁶

Além disso, no que diz respeito à representação interventiva, a Constituição de 1946 atribuiu à Suprema Corte a apreciação não mais da lei que houvesse decretado a intervenção (como o fazia a Constituição de 1937), mas do próprio ato tido por inconstitucional.¹¹⁷

3.1.6 A Emenda nº 16, de 1965

A Emenda nº 16, de 1965, instituiu a denominada ação genérica de inconstitucionalidade, ao dar a seguinte redação à letra “k” no inciso I do artigo 101 da Constituição de 1946:

Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Ficava criado, dessa forma, um controle análogo ao exercido pelas Cortes Constitucionais européias, isto é, um controle que se dava em via principal, por meio de ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. Isso sem que o controle incidental e difuso tenha sido afetado, passando ambos a conviver entre si.¹¹⁸

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 197.

¹¹⁷ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63-64.

3.1.7 A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969

Com a Constituição de 1967, tanto o controle difuso, quanto a ação direta de inconstitucionalidade não sofreram grandes modificações.¹¹⁹

Digna de nota, porém, é a supressão da representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual (que havia sido introduzida pela Emenda nº 16, de 1965).¹²⁰

A seu turno, a Emenda nº 1, de 1969, admitiu que os Estados instituíssem representação interventiva para provocar a fiscalização de constitucionalidade de lei municipal, em face de princípios sensíveis das Constituições estaduais.¹²¹

3.1.8 A Constituição de 1988 e suas emendas

Inicialmente, merece destaque, entre as inovações provocadas pela Constituição de 1988, a ampliação do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade.¹²² Nos termos do artigo 103 da Carta da República, os legitimados passaram a ser, além do Procurador-Geral da República (titular exclusivo desse direito em constituições pretéritas): o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembléias Legislativas ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal (esta acrescentada pela Emenda nº 45, de 2004), o Governador de Estado ou do Distrito Federal (este também acrescentado pela emenda nº 45, de 2004), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 206.

¹²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

¹²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 207.

Essa ampliação, de acordo com o testemunho intelectual de Gilmar Ferreira Mendes, fortaleceu a ideia segundo a qual a Constituição pretendeu emprestar ao controle abstrato de normas no ordenamento brasileiro o caráter de um instrumento de correção do sistema geral incidente.¹²³

Além disso, a mencionada ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta permitiu que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal por meio do controle abstrato.¹²⁴

Outras importantes alterações decorrentes da Constituição de 1988 são lembradas por Clèmerson Merlin Clève: a possibilidade de instituição, pelos Estados, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual (§ 2º do artigo 125); a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do artigo 103) e do mandado de injunção (letra “q” do inciso I do artigo 102, nos casos em que a competência for do Supremo Tribunal Federal); a exigência da citação do Advogado-Geral da União para defender os atos impugnados nas ações diretas (§ 3º do artigo 103); a exigência de manifestação do Procurador-Geral da República em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (§ 1º do artigo 103); a supressão da representação para fins de interpretação; a possibilidade de criação, na forma da lei, da arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1º do artigo 102); e a atribuição de feição exclusivamente constitucional ao recurso extraordinário (alíneas do inciso III do artigo 102).¹²⁵

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 208.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 956.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

Em 1993, mais uma relevante alteração foi efetivada: a Emenda nº 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.¹²⁶

Posteriormente, a Emenda nº 45, de 2004, veiculou sensíveis modificações no controle de constitucionalidade de leis no Brasil, assim resumidas: criação de nova hipótese de cabimento do recurso extraordinário, quando se tratar de confronto entre lei local e lei federal (letra “d” do inciso III do artigo 102); atribuição de efeito vinculante também às decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade, a exemplo do que já ocorria com aquelas proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade (§ 2º do artigo 102); previsão de um novo requisito para o recurso extraordinário, qual seja, a demonstração da presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas (§ 3º do artigo 102); nova ampliação no rol dos legitimados para propor a ação direta de constitucionalidade, conforme anotado no primeiro parágrafo deste item (itens IV e V do artigo 103); equiparação do rol dos legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade ao rol dos legitimados para propor a ação direta de constitucionalidade (*caput* do artigo 103); e possibilidade de aprovação, pelo Supremo Tribunal Federal, de súmulas vinculantes (*caput* do artigo 103-A).¹²⁷

3.2 Configuração atual do controle de constitucionalidade no Brasil

Com base em tudo o que foi consignado, é possível delinear um perfil do atual controle de constitucionalidade brasileiro.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1003.

¹²⁷ Cf. DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

Pois bem, de acordo com José Afonso da Silva, no sistema da Constituição de 1988, a inconstitucionalidade pode se dar por ação ou por omissão e o controle é jurisdicional, exercido de forma difusa e concentrada, esta de competência do Supremo Tribunal Federal. Logo, o controle é exercido por via de exceção e por via de ação.¹²⁸

No controle difuso, qualquer interessado pode suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, de qualquer natureza, perante qualquer juízo.¹²⁹ Essa modalidade será examinada, detalhadamente, no capítulo seguinte, no qual será abordada a chamada abstrativização ou objetivação do recurso extraordinário.

Por outro lado, no controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade tem as seguintes modalidades:¹³⁰

I) interventiva, que pode ser a) federal (objetivando a intervenção em Estado-membro), proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (inciso III do artigo 36, letra “a” do inciso I do artigo 102 e inciso IV do artigo 129); e b) estadual (objetivando a intervenção em Município), proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado (inciso IV do artigo 36 e inciso IV do artigo 129);

II) genérica, que pode ser a) ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, leis ou atos normativos, federais ou estaduais; em face da Constituição Federal; b) ajuizada perante os Tribunais de Justiça dos Estados, para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

estaduais ou municipais, em face das Constituições estaduais; c) supridora de omissão, do legislador ou do administrador.

Ainda como instrumento de controle concentrado, há a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência do Supremo Tribunal Federal e disciplinada pela Lei nº 9.868, de 1999.¹³¹

Finalmente, o controle concentrado é exercido por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que pode ter como objeto qualquer ato ou omissão do Poder Público; normativo ou não; abstrato ou concreto; anterior ou posterior à atual Constituição; federal, estadual ou municipal; e emanado de qualquer órgão ou entidade, dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.¹³²

De acordo com a Lei nº 9.882, de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem dois ritos distintos: a) objetivo (arguição direta ou autônoma), no qual a ação é proposta perante o Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de qualquer controvérsia acerca do dispositivo legal questionado; b) subjetivo-objetivo (arguição incidental), no qual a arguição é ajuizada no Supremo Tribunal Federal, tendo como pressuposto a existência de uma controvérsia constitucional acerca do dispositivo questionado.¹³³

¹³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 245-246.

¹³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 277.

¹³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 265.

4. A APROXIMAÇÃO ENTRE OS MODELOS DIFUSO E CONCENTRADO NO BRASIL

Segundo consignado, parte da doutrina sustenta que está em curso um processo de convergência, aproximação ou hibridação entre os modelos americano e europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade de leis.

No Brasil, esse movimento doutrinário tem como uma das suas principais fontes de inspiração os pronunciamentos do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal.

De fato, não é exagero considerar que os pronunciamentos do Ministro Gilmar Mendes, em sede doutrinária ou no Supremo Tribunal Federal, são pontos de partida para que outros doutrinadores se dediquem ao tema e tragam à baila novos argumentos que estariam a comprovar a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade no Brasil.

No ano de 2003, ao proferir seu voto no Processo Administrativo nº 318.715, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que o recurso extraordinário deixava de ter caráter subjetivo ou de defesa de interesses das partes para assumir o papel de defensor da ordem constitucional objetiva (na ocasião, era examinada a proposta de alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com vistas a adaptá-lo ao procedimento previsto na Lei nº 10.259/2001 para julgamento dos recursos extraordinários interpostos no âmbito dos juizados especiais federais).¹³⁴

Confira-se, por esclarecedora, a seguinte passagem do citado voto:

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Administrativo nº. 318.715.

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das cortes inferiores. O processo entre partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma análise jurisdicional que transcende interesses subjetivos. Tal perspectiva, a par de fortalecer o papel principal da Corte, qual seja a defesa da Constituição, representa a única alternativa possível para a viabilização do Supremo.¹³⁵

Mais recentemente, em 2007, ao votar como relator da Reclamação nº 4.335, o Ministro Gilmar Mendes propôs que o Supremo Tribunal Federal fizesse uma “releitura” do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro. Afirmou que, atualmente, a suspensão de execução de lei pelo Senado Federal “há de ter simples efeito de publicidade”. Isso porque “é difícil admitir” que as decisões proferidas em controle concentrado sejam dotadas de eficácia geral e aquelas prolatadas em controle incidental (geralmente tomadas “após tramitação da questão por todas as instâncias”) continuem a ter eficácia restrita entre as partes.¹³⁶

O ministro ressaltou que, mesmo à época da criação do instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte (no ano de 1934), outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas. Seja como for, o certo é que, para o ministro, quando da promulgação da Constituição de 1934, dominava uma concepção de separação de poderes hoje superada.¹³⁷

A ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, levada a efeito pela Constituição de 1988, “fortalece a impressão de que [...] pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Administrativo nº. 318.715.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”. Em outras palavras: a Constituição de 1988 reduziu a importância do controle incidental ou difuso de constitucionalidade.¹³⁸

Antes da Constituição de 1988 (portanto, quando havia o monopólio do Procurador-Geral da República na propositura da ação direta de inconstitucionalidade), vigorava um modelo misto de controle de constitucionalidade, com ênfase no modelo difuso. O controle direto era, nas palavras de Gilmar Mendes, “algo acidental e episódico dentro do sistema difuso”.¹³⁹

Com a Constituição de 1988, a maioria das questões constitucionais passou a ser resolvida mediante a ação direta de inconstitucionalidade. Pelo que, embora no Brasil ainda vigore um modelo misto de controle, a ênfase passou a residir no sistema concentrado, e não mais no difuso.¹⁴⁰

Citando os ensinamentos de Lucio Bittencourt, o Ministro Gilmar Mendes lembrou que os doutrinadores brasileiros não tiveram sucesso na tarefa de fundamentar a eficácia *erga omnes* e os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁴¹

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Nos Estados Unidos da América, o instituto do *stare decisis* retirou dos constitucionalistas o dever mais aprofundado de fundamentação. É que o efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores assegurado por tal mecanismo (ou seja, a segurança de que, em princípio, nenhum Tribunal poderia julgar válida lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte), por si só, era suficiente para sustentar a nulidade da lei inconstitucional.¹⁴²

Sem contar com um mecanismo que emprestasse força de lei ou que conferisse caráter vinculante às decisões da nossa Suprema Corte, a doutrina brasileira se limitou a sustentar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de deixar de aplicar atos normativos declarados incompatíveis com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal. E, no entender do Ministro Gilmar Mendes, a suspensão da execução pelo Senado Federal não foi capaz de superar “essa incongruência”. Principalmente se for levado em consideração o sentido substantivo da suspensão (sentido, esse, segundo o qual a finalidade do ato do Senado Federal era conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade, cuja eficácia antes estava limitada às partes do processo).¹⁴³

Para o citado ministro, o instituto da suspensão, tal como interpretado e praticado no Brasil, configura, na verdade, a negação da teoria da nulidade da lei

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

inconstitucional (pois, entre nós, “a não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais”).¹⁴⁴

Daí a afirmação de que, se a doutrina e a jurisprudência aceitavam a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional, deveriam defender que a suspensão da execução pelo Senado Federal destinava-se, tão-somente, a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁴⁵

Nesse rumo de idéias, após demonstrar que ocorreu uma aproximação dos modelos concentrado e difuso de constitucionalidade no Brasil, o relator da Reclamação nº 4.335 sustentou, em seu voto, aquilo que ele chamou de “inconsistência” do modelo atual, em que é necessária a participação do Senado Federal no controle difuso.

Veamos, a seguir, algumas das principais evidências (apontadas pelo movimento doutrinário ora em estudo) de que o novo papel que a Suprema Corte e a legislação vêm atribuindo ao apelo extremo não se coaduna com a tradicional dicotomia entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade e, portanto, justifica a mudança de interpretação conferida ao instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

4.1 A regulamentação infraconstitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Como anotado no capítulo anterior, nos termos da Lei nº 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem dois ritos distintos e um deles é o subjetivo-objetivo, no qual a ação é ajuizada no Supremo Tribunal Federal, incidentalmente a uma controvérsia constitucional anterior, instaurada nas instâncias ordinárias.

Ora, a decisão do caso concreto proferida na arguição será dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (§ 3º do artigo 10 da citada lei). Fica evidente, assim, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental se constitui em uma ponte entre os dois modelos de controle, ao conferir eficácia geral a decisões de perfil incidental.¹⁴⁶

4.2 A repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental nas decisões de outros Tribunais

O controle de constitucionalidade no âmbito dos tribunais é feito de acordo com os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. Nos termos desses dispositivos, instaurado o incidente de arguição de inconstitucionalidade, ocorre a cisão funcional da competência jurisdicional: o plenário ou o órgão especial aprecia a questão da constitucionalidade e, posteriormente, o órgão fracionário decide a causa, com base naquilo que for assentado no tocante à questão prejudicial.¹⁴⁷

Como lembra Zeno Veloso, a necessidade de cisão funcional provocava uma desgastante repetição de matérias submetidas aos plenários ou aos órgãos especiais dos tribunais (já que em todos os casos nos quais era suscitada a inconstitucionalidade de determinada lei havia a matéria era submetida ao plenário ou ao órgão especial do respectivo

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. V.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42.

tribunal, por força da cláusula de reserva de plenário, de que trata o artigo 97 da Constituição Federal). Tendo em conta esse grave inconveniente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que, a partir da declaração de inconstitucionalidade de uma norma pela Suprema Corte, ainda que em sede de controle difuso, os órgãos fracionários de outros Tribunais poderiam acolhê-la para decidir casos concretos ulteriores, sendo desnecessário submeter a questão da constitucionalidade ao respectivo plenário.¹⁴⁸ Nesse sentido, as decisões proferidas no Recurso Extraordinário 190.728, bem como nos Agravos Regimentais em Agravos de Instrumento 168.149 e 167.444.¹⁴⁹

Ao assim decidir, a Suprema Corte admitiu que o controle difuso/incidental poderia ser exercido abstratamente, pois a decisão sobre a questão da constitucionalidade não tinha eficácia apenas para as partes do caso em que fora suscitada (isso, vale destacar, sem que tenha ocorrido a suspensão da execução pelo Senado Federal). Esse entendimento significou uma evolução no controle de constitucionalidade brasileiro, dado que equiparava, ainda que timidamente, as decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.¹⁵⁰ Isso porque, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, a decisão do Supremo Tribunal Federal passou a “antecipar o efeito vinculante” de seus julgados proferidos em sede de controle incidental, permitindo que o órgão fracionário deixasse de observar a decisão do Pleno ou do órgão especial do Tribunal a que se encontra vinculado.¹⁵¹

¹⁴⁸ VELOSO, Zeno. O Senado precisa ser retirado do controle de constitucionalidade. **Coletânea de Estudos Jurídicos**, Brasília: Superior Tribunal Militar, p. 455-474, 2008, p. 465.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 253-254.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

É importante observar que a orientação do Supremo Tribunal Federal inspirou a Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que alterou o Código de Processo Civil, assentando que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.¹⁵² Mais: posteriormente, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, admitiu a intervenção de *amicus curiae* no incidente de inconstitucionalidade, que passou, também nesse ponto, a ter estrutura semelhante à dos processos de índole objetiva.¹⁵³

4.3 Os casos em que, em sede de controle incidental, o STF não declara a inconstitucionalidade de lei

Outro indício de que a suspensão de execução de lei pelo Senado Federal está ultrapassada (ou se mostra ineficaz para atribuir efeitos gerais às decisões da Suprema Corte) são os casos em que o Supremo Tribunal Federal simplesmente rejeita a arguição de inconstitucionalidade, declara a não-recepção de lei pré-constitucional, declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, adota interpretação conforme à Constituição ou afirma que dado dispositivo legal há de ser interpretado desta ou daquela forma.¹⁵⁴

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255-256.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Em todas essas situações (por não se cuidar de declaração de inconstitucionalidade), a eficácia da decisão da Suprema Corte não pode ser ampliada pelo instituto da suspensão de execução de lei pelo Senado Federal.¹⁵⁵

Como exemplo, pode ser citado o Recurso Extraordinário nº 557.542, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discutia a constitucionalidade do § 2º do artigo 18 da Medida Provisória nº 2.215-10/01.¹⁵⁶

No julgamento do citado apelo extremo, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, assentando que a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo não foi estendida pela Constituição Federal aos militares.¹⁵⁷

Muito bem. De acordo com a tradicional concepção acerca do controle difuso, o entendimento assentado no julgamento do RE 557.542 valeria, apenas, para as partes do processo (no caso, nem mesmo o instituto da suspensão pelo Senado Federal poderia atribuir efeitos gerais à decisão, pois não se cuidava de pronúncia de inconstitucionalidade).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal atribuiu efeitos gerais e vinculantes ao seu próprio entendimento, valendo-se de um novo instrumento que foi colocado à sua disposição pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e que se traduz em mais um indício de

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 557.542. Recorrente: Carlos Alberto da Silva Porcino. Recorrida: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 30 de abril de 2008. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 557.542. Recorrente: Carlos Alberto da Silva Porcino. Recorrida: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 30 de abril de 2008. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

aproximação entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Examinemos, no próximo item, esse instrumento.

4.4 As súmulas vinculantes (artigo 103-A da Carta Magna de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004)

A Emenda Constitucional nº 45/2004 possibilitou a aprovação, pelo Supremo Tribunal Federal, de súmulas vinculantes, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tomadas inclusive em sede de controle difuso de constitucionalidade.¹⁵⁸

Como exemplo, pode ser citada a Súmula Vinculante 6 (aprovada com base no entendimento assentado, entre outros, no Recurso Extraordinário nº 557.542, mencionado no item anterior). Eis o teor dessa súmula:

Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.¹⁵⁹

Com a aprovação dessa súmula, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, passaram a ter o dever de observar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do § 2º do artigo 18 da Medida Provisória nº 2.215-10/01.

Tudo, ressalte-se, a partir de julgamentos proferidos em sede de controle difuso e sem que tenha havido pronúncia de inconstitucionalidade.

¹⁵⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3**, 8. Ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 343-347.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 6. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=8.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

4.5 Os casos em que, em sede de controle incidental, o STF declara, com efeito temporal modulado, a inconstitucionalidade de lei

Também nos casos em que declara, com efeito temporal limitado, a inconstitucionalidade de ato normativo, o Supremo Tribunal Federal demonstra que a tradicional interpretação conferida ao inciso X do artigo 52 da Constituição Federal está superada, pois assume um papel que parte da doutrina atribuía ao Senado Federal.¹⁶⁰

Demais disso, a adoção da técnica da limitação de efeitos temporais no controle incidental pode ser tida como um sinal de que o Supremo Tribunal Federal se considera desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, competindo apenas ao próprio Tribunal decidir acerca dos efeitos da decisão.¹⁶¹

Vejamos dois importantes casos de modulação de efeitos temporais em controle difuso.

O primeiro é o Habeas Corpus 82.959, em que foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 (que previa o cumprimento de pena no regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos). Ao julgar o remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a declaração de inconstitucionalidade não geraria conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

naquela ocasião¹⁶²

Outro caso é o Recurso Extraordinário 197.917, em que a Suprema Corte deu pela inconstitucionalidade da lei que fixava o número de vereadores do Município de Mira Estrela. Ao fazê-lo, assentou que a declaração de nulidade, com os normais efeitos *ex tunc*, provocaria grave ameaça em todo o sistema legislativo vigente e, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, atribuiu efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.¹⁶³

Esse julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com a tradicional concepção do controle difuso, teria eficácia apenas para o Município de Mira Estrela.

Ocorre que, por meio da Resolução nº 21.702/2004, o Tribunal Superior Eleitoral atribuiu eficácia *erga omnes* ao entendimento assentado no julgamento do RE 197.917. Essa resolução foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nºs 3.345 e 3.365, ambas da relatoria do Ministro Celso de Mello) e o Supremo Tribunal Federal, julgando-as improcedentes, assentou que o Tribunal Superior Eleitoral, ao conferir caráter de generalidade à decisão proferida no RE 197.917, prestigiou a força normativa da Constituição.

164

4.6 Os poderes atribuídos aos relatores dos recursos no Supremo Tribunal Federal pelas Leis 8.038/90 e 9.756/98

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3.** 8. Ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 345-346.

Os poderes atribuídos ao relator pelas Leis nºs 8.038/90 e 9.756/98 (para negar seguimento e dar provimento a recursos extraordinários, mediante decisões monocráticas) sinalizam a extensão dos efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte, tanto nos casos de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei (nos quais, pela interpretação tradicional do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, deveria ocorrer a suspensão pelo Senado Federal), quanto nos casos de fixação de determinada interpretação pelo Tribunal. É dizer: a legislação ordinária, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, ainda que em sede de controle incidental de constitucionalidade.¹⁶⁵

4.7 Os casos de declaração incidental de inconstitucionalidade de leis municipais pelo STF

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, nos casos de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, “o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes”. Como exemplos, são citados os Recursos Extraordinários nºs 228.844, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa; 221.795, da relatoria do Ministro Nelson Jobim; e 364.160, da relatoria da Ministra Ellen Gracie.¹⁶⁶

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Essa postura só pode ser adotada caso seja admitida a eficácia transcendente da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal e, em consequência, seja admitida a ideia de que a manifestação do Senado Federal é dispensável.¹⁶⁷

Neste ponto, uma observação se faz necessária: conforme decisão singular da lavra do Ministro Ayres Britto, a aplicabilidade da chamada transcendência dos fundamentos determinantes (ou atribuição de efeitos transbordantes aos motivos determinantes) das decisões do Supremo Tribunal Federal foi retomada no julgamento da Reclamação nº 4.219. Naquela oportunidade, cinco ministros se manifestaram contrariamente a esse transbordamento. Demais disso, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões proferidas em ações de controle abstrato já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal (Agravos Regimentais nas Reclamações nºs 2.475, da relatoria do Ministro Carlos Velloso; 2.990, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence; e 4.448, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; bem como Reclamação nº 3.014, da relatoria do Ministro Ayres Britto).¹⁶⁸

4.8 O controle de constitucionalidade em ações coletivas

No controle de constitucionalidade em ações coletivas, é especialmente difícil admitir que a decisão tenha eficácia restrita às partes. Isso porque, particularmente no

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 10.386. Reclamante: Inez Paz. Reclamados: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mogi das Cruzes/SP e Relator do AI nº 990103009401 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Cármen Lúcia (a decisão mencionada foi proferida pelo Ministro Ayres Britto no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal).

tocante à ação civil pública, a própria lei (artigo 16 da Lei nº 7.347/85) estabelece que a decisão terá efeitos *erga omnes*.¹⁶⁹

Nessa contextura, a suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública não tem outra utilidade que não a de conferir publicidade à decisão.¹⁷⁰

Portanto, a aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade também reduz significativamente a diferença dos processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo.¹⁷¹

4.9 Os recursos extraordinários interpostos no âmbito dos juizados especiais federais

De acordo com Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha, no procedimento dos recursos extraordinários interpostos no âmbito dos juizados especiais federais (disciplinado nos §§ 4º a 9º do artigo 14 da Lei nº 10.259/2001 e no hoje revogado § 5º do artigo 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), eram contempladas a intervenção de interessados na discussão; a vinculação das turmas recursais ao entendimento

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

adotado pelo Supremo; e a concessão de medida cautelar para sobrestar, na origem, processos que versassem idêntica controvérsia.¹⁷²

Na verdade, ao contrário do que sustentam os citados doutrinadores, não havia efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal, pois as turmas recursais poderiam exercer o juízo de retratação ou declarar prejudicado o recurso, conforme o caso. Na hipótese de aquelas turmas manterem seu entendimento, o recurso deveria ser encaminhado à Suprema Corte, para o regular processamento.

Isso não obstante, é certo que o procedimento atinente aos recursos extraordinários interpostos no âmbito dos juizados especiais federais (nos termos do citado § 5º do artigo 321 do Regimento Interno da Suprema Corte, revogado pela Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007) já apontava para uma aproximação entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Tanto isso é verdade que esse procedimento serviu como inspiração para a regulamentação do instituto da repercussão geral (outra importante evidência da aproximação entre os modelos), como se verá no próximo item.

4.10 O instituto da repercussão geral (§ 3º do artigo 102 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004)

O § 3º do artigo 102 da Constituição de 1988 criou um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral das questões constitucionais discutidas.

Entre outros aspectos interessantes revelados pela regulamentação infraconstitucional do instituto (levada a efeito pela Lei nº 11.418/2006), interessa ao presente trabalho o procedimento chamado de “recursos extraordinários por amostragem”.¹⁷³

¹⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3.** 8. Ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 343-344.

Nos termos do § 1º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, cabe ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, ficando os demais, que versarem idêntica controvérsia, sobrestados na origem.¹⁷⁴

Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, a sorte dos recursos sobrestados dependerá do sentido em que decidir a Suprema Corte:

Caso o Supremo Tribunal Federal negue a satisfação do requisito, ‘os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos’ (art. 543-B, § 2º). Se, ao contrário, a Corte reconhecer que existe repercussão geral – e estão satisfeitos todos os outros requisitos de admissibilidade –, julgará o mérito do(s) recurso(s) extraordinário(s) encaminhado(s) pelo órgão *a quo*, e tal julgamento influirá na sorte do(s) recurso(s) sobrestado(s).¹⁷⁵

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a Lei nº 11.418/2006 (que apenas estendeu o que era previsto de modo restritivo pela Lei nº 10.259/2001) pode ser tida como mais um claro sinal de “objetivação” do recurso extraordinário.¹⁷⁶

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero vão além e visualizam, na sistemática da repercussão geral, uma hipótese de “vinculação vertical” das decisões do Supremo Tribunal Federal:

Rigorosamente, sendo clara a *ratio decidendi* do precedente do Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia constitucional, os demais órgãos do Poder Judiciário encontram-se a ela vinculados. Há vinculação vertical. Trata-se de consequência da objetivação do recurso extraordinário, paulatinamente mais afeiçoado ao controle concentrado de constitucionalidade. Vale dizer: a rigor, nada obstante o teor do art. 543-B, §§ 3º e 4º, CPC, os órgãos jurisdicionais de origem

¹⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. V.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 619.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 576.

¹⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. V.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 620.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 556.664. Recorrente: União. Recorrida: Novoquim Indústrias Químicas Ltda. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de setembro de 2007. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

têm o dever de se conformar à orientação do Supremo Tribunal Federal, retratando-se das suas decisões, sob pena de debilitar-se a força normativa da Constituição, encarnada que está na sua compreensão pela nossa Corte Constitucional.¹⁷⁷

Tal entendimento, no entanto, não afina com o posicionamento do Ministro Ayres Britto, externado na decisão singular proferida na Reclamação 8.093. No entender daquele magistrado, a exigência de demonstração da repercussão geral não retirou do recurso extraordinário o seu caráter subjetivo, nem conferiu à decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A Suprema Corte, ao reconhecer a presença do requisito e julgar o recurso extraordinário, põe fim a uma demanda judicial subjetivamente delimitada, ainda que a tese vencedora sirva de precedente para a resolução de casos idênticos.¹⁷⁸

Ainda de acordo com o Ministro Ayres Britto, os instrumentos de controle concreto e abstrato de controle de constitucionalidade não podem ser confundidos. A repercussão geral deve funcionar, tão-somente, como filtro dos processos que são encaminhados à Suprema Corte, jamais fazendo o papel de ação direta ou declaratória de inconstitucionalidade.¹⁷⁹

É verdade que a regulamentação processual da matéria (por meio da citada Lei nº 11.418/2006) criou mecanismo abreviado de julgamento de causas idênticas. Porém, não vinculou (nem poderia fazê-lo, ante a ausência de autorização constitucional para tanto) os juízes e tribunais à decisão do Supremo Tribunal Federal. Tanto isso é verdade que os Tribunais podem manter seus acórdãos contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal, nos

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 577.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 8.093. Reclamante: Estado de Rondônia. Reclamado Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº 7594/2003-000-14-00.4). Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 06 de maio de 2009. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2671621>. Acesso em: 08 mar. 2010.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 8.093. Reclamante: Estado de Rondônia. Reclamado Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº 7594/2003-000-14-00.4). Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 06 de maio de 2009. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2671621>. Acesso em: 08 mar. 2010.

termos do § 4º do artigo 543-B do Código de Processo Civil. E essa possibilidade de manutenção é, “em certa medida, salutar”, pois a prestação jurisdicional não pode “obscurecer eventuais peculiaridades do caso concreto”.¹⁸⁰

4.11 A dispensa do prequestionamento como requisito do recurso extraordinário

Ao apreciar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 375.011, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, flexibilizou a exigência do prequestionamento como requisito do recurso extraordinário.

Na ocasião, a relatora, Ministra Ellen Gracie, após anotar que o apelo extremo em exame carecia do mencionado requisito, afirmou que estava inclinada a “valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal”. Mais: pontuou que aquele julgamento era mais uma mostra de que “o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”.¹⁸¹ Tudo a sinalizar, também nesse ponto, a aproximação entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

4.12 A possibilidade de julgamento do apelo extremo com base em fundamento diverso daquele em que se assentou o acórdão recorrido

Na Sessão de 06.08.2003, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (por maioria de votos, vencido o Ministro Moreira Alves) julgou o Recurso Extraordinário

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 8.093. Reclamante: Estado de Rondônia. Reclamado: Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº 7594/2003-000-14-00.4). Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 06 de maio de 2009. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2671621>. Acesso em: 08 mar. 2010.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Tito dos Santos. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 05 de outubro de 2004. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

298.694 com base em fundamento diverso daquele em que se assentara o acórdão recorrido, que aplicara, indevidamente, a garantia do direito adquirido.

Pois bem, após afirmar que a irredutibilidade de vencimentos é forma qualificada e específica da garantia do direito adquirido, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, anotou que seria paradoxal que a Suprema Corte estivesse jungida ao fundamento errôneo do acórdão recorrido e, conseqüentemente, fosse obrigada a conhecer e dar provimento ao apelo extremo, mesmo reconhecendo a existência de fundamento constitucional diverso (vale dizer, não utilizado pela Corte de origem), apto a manter a decisão objeto do recurso extraordinário.¹⁸²

Assim, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo o voto do relator, admitiu a causa de pedir aberta (característica marcante dos processos objetivos de controle de constitucionalidade) em recurso extraordinário, como forma de racionalizar a aplicação da sua decisão aos casos idênticos.¹⁸³

4.13 O § 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil

O § 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil dispensa o reexame necessário quando a sentença recorrida está baseada em entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal (adotado, inclusive, em sede de controle difuso), ainda que tal entendimento não tenha sido objeto de súmula.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 298.694. Recorrente: Município de São Paulo. Recorridos: Edna Maria Locatelli e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 06 de agosto de 2003. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 563.965. Recorrente: Maria Aurélia Moraes de Paiva. Recorrido: Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 de março de 2008. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

Trata-se de dispositivo que objetiva “compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, velando pela unidade retrospectiva do direito brasileiro”.¹⁸⁴ Mais uma evidência, portanto, de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso passam a ser dotadas de efeitos que se irradiam para além das partes do processo, independentemente da intervenção do Senado Federal.

4.14 A admissão de *amici curiae* no julgamento de recursos extraordinários

A Suprema Corte tem admitido o ingresso de *amici curiae* (outro instituto típico dos processos objetivos de controle de constitucionalidade) nos recursos extraordinários. Como exemplos, podem ser citados os REs nºs 583.834, da relatoria do Ministro Ayres Britto; bem como 416.827 e 415.454, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Essa tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, foi consagrada no procedimento de análise da presença da repercussão geral da questão discutida no apelo extremo (§ 6º do artigo 543-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/2006).

4.15 Consequências da aproximação entre os modelos

Com base em todas essas evidências e nas idéias foram sintetizadas no presente estudo, parte da doutrina nacional entende que a natureza idêntica dos modelos de controle de constitucionalidade (no que diz respeito às finalidades e aos procedimentos dominantes) não mais legitima a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Sustenta que ocorreu uma reforma da Constituição

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 452.

sem modificação expressa do inciso X do artigo 52, ou seja, autêntica mutação constitucional.

185

Assim, essa parcela dos doutrinadores defende que, atualmente, a suspensão de execução de lei pelo Senado Federal deve ter simples efeito de conferir publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal. Não é mais o ato da Alta Casa do Legislativo que empresta eficácia geral às decisões da Suprema Corte, que já são dotadas dessa força normativa. Demais disso, o Senado não tem a faculdade de editar ou não o ato, porque se cuida de um dever de publicação (a não publicação pelo Senado não tem o condão de impedir que a decisão da Suprema Corte assuma sua real eficácia jurídica).¹⁸⁶

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

CONCLUSÃO

Não há como negar que, em face das modificações introduzidas pela Constituição de 1988 e, mais recentemente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela legislação infraconstitucional, houve uma efetiva aproximação entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

No mundo dos fatos, pode-se dizer que, devido a essa aproximação, o instituto da suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal está ultrapassado.

No entanto, seria um exagero a delicada decisão institucional de editar um decreto de mutação constitucional (palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, no voto que proferiu na Reclamação nº 4.335) e, assim, restringir o Senado Federal a um órgão subalterno de mera publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Isso porque o instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional é uma prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou (esteve presente em todos os textos constitucionais brasileiros, à exceção da Constituição de 1937).

Mas não é só. As inconsistências do controle de constitucionalidade brasileiro que decorrem da tradicional interpretação conferida ao inciso X do artigo 52 da Constituição Federal podem, hoje, ser resolvidas mediante a utilização de um poderoso mecanismo colocado à disposição do Supremo Tribunal Federal pela Emenda Constitucional 45/2004.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não mais depende do Senado Federal para atribuir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de

constitucionalidade. Caso entenda, com base na importância da questão constitucional, que a decisão deve ser dotada de eficácia geral, a Suprema Corte deve editar súmula vinculante.

Em síntese, pode-se afirmar que, não obstante os sedutores argumentos (principalmente de ordem prática) que cercam a mudança de interpretação quanto ao inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, o decreto de mutação constitucional seria uma providência desnecessária e de sabedoria política duvidosa por parte do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARRET, Amy Coney. *Stare decisis and due process*. **University of Colorado Law Review**, Vol 74, p. 1011-1076, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

BRASIL. **Constituições do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Administrativo nº. 318.715.

_____. Reclamação nº. 4.335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

_____. Recurso Extraordinário nº 557.542. Recorrente: Carlos Alberto da Silva Porcino. Recorrida: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 30 de abril de 2008. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

_____. Súmula Vinculante 6. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=8.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

_____. Reclamação nº. 10.386. Reclamante: Inez Paz. Reclamados: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mogi das Cruzes/SP e Relator do AI nº 990103009401 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Cármen Lúcia (a decisão mencionada foi proferida pelo Ministro Ayres Britto no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal).

_____. Habeas Corpus nº 82.959. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. STF, Brasília, 2010. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

_____. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 556.664. Recorrente: União. Recorrida: Novoquim Indústrias Químicas Ltda. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de setembro de 2007. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

_____. Reclamação nº 8.093. Reclamante: Estado de Rondônia. Reclamado Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº 7594/2003-000-14-00.4). Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 06 de maio de 2009. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2671621>. Acesso em: 08 mar. 2010.

_____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Tito dos Santos. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 05 de outubro de 2004. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

_____. Recurso Extraordinário nº 298.694. Recorrente: Município de São Paulo. Recorridos: Edna Maria Locatelli e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 06 de agosto de 2003. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

_____. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 563.965. Recorrente: Maria Aurélio Moraes de Paiva. Recorrido: Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 de março de 2008. STF, Brasília, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 08 mar. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, p. 73-98, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3**, 8. Ed. Salvador: Podivm, 2010.

DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, p. 537-575, 2005.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 62-81, 2006.

LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 66, p. 89-120, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. V**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SEGADO, Francisco Fernández. A obsolência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional (Tradução: Pedro Buck Avelino). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, São Paulo: Saraiva, p. 366-395, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VELOSO, Zeno. O Senado precisa ser retirado do controle de constitucionalidade. **Coletânea de Estudos Jurídicos**, Brasília: Superior Tribunal Militar, p. 455-474, 2008.