

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

**ALICE FRANCISCO DA CRUZ SALLES**

**Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu (Universidade do Vale do  
Itajaí)**

**Coorientador: Professor Doutor Maurizio Oliviero (Universidade de Perugia –  
Itália)**

**Itajaí/SC, 02 de fevereiro de 2012**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DISUFO DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

**ALICE FRANCISCO DA CRUZ SALLES**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do  
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu (Universidade do Vale do  
Itajaí)**

**Coorientador: Professor Doutor Maurizio Oliviero (Universidade de Perugia –  
Itália)<sup>1</sup>**

**Itajaí/SC, 02 de fevereiro de 2012**

---

<sup>1</sup> O Professor Doutor Maurizio Oliviero, catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia - Itália, coorientador da presente dissertação, é professor visitante estrangeiro do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, com bolsa CAPES desde maio de 2011, com prorrogação até outubro de 2012.

## **AGRADECIMENTO**

Gostaria de agradecer a minha família pelo apoio recebido em mais esta etapa da vida acadêmica e profissional.

Gostaria de agradecer toda a equipe do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, da UNIVALI: Jaqueline, Gizelle, Alexandre, Márcio, Guilherme, Luiz Felipe e Eduardo, por toda a ajuda que me forneceram durante esta caminhada.

Gostaria de registrar um agradecimento especial ao meu Orientador, Professor Doutor Pedro Manoel Abreu, que me auxiliou muito em todas as etapas da presente pesquisa, desde a delimitação do tema até a correção atenta de todo o texto. E foi sempre muito atencioso e solícito com os meus pedidos de ajuda.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais, Paulo e Etelvina, e ao meu esposo, Bruno.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí/SC, 02 de fevereiro de 2012**

**ALICE FRANCISCO DA CRUZ SALLES**

**Mestranda**

**PÁGINA DE APROVAÇÃO**

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM  
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ART.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
<b>ABSTRACT</b> .....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.I
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>4</b>
<b>A ORIGEM DO ESTADO CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>4</b>
1.1 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO .....	4
1.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL OU DE DIREITO.....	11
1.2.1 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO .....	14
1.2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	17
1.3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL .....	21
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	<b>33</b>
<b>SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>33</b>
2.1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	33
2.2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	36
2.3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	44
2.4 SÍNTESE CONCLUSIVA SOBRE OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	51
<b>CAPÍTULO 3</b> .....	<b>60</b>
<b>PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL</b> .....	<b>60</b>
3.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL ..	60
3.2 O MECANISMO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO .....	72
3.2.1 O CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	78
3.2.2 EFEITOS DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	81
3.3 PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL .....	84



<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....</b>	<b>99</b>

## RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a análise do sistema brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público a partir de suas raízes históricas, verificando o caminho que levou, inicialmente, à adoção do sistema difuso e, posteriormente, à criação de um sistema misto, eclético ou híbrido, no qual coexistem os modelos difuso e concentrado.

Esta investigação tem por objetivo compreender os rumos que vem tomando o controle de constitucionalidade no Brasil e, mais especificamente, quais são as perspectivas para o modelo difuso dentro do sistema misto consagrado pela Constituição de 1988.

Na Fase de Investigação o Método utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base dedutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Ao final da pesquisa concluiu-se que a riqueza do sistema brasileiro está justamente na reunião dos dois modelos clássicos de fiscalização da constitucionalidade. E, dentro desse mecanismo complexo, o controle difuso exerce o papel fundamental de democratização da jurisdição constitucional. Ademais o sistema misto promove o balanço entre a análise eminentemente política exercida no controle concreto e o julgamento preponderantemente jurídico efetivado no controle difuso, principalmente nas instâncias inferiores do Poder Judiciário. Tem-se, portanto, um equilíbrio saudável entre a política e o direito que contribui muito para a concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito.

**Palavras-chave:** Controle. Constitucionalidade. Misto. Difuso. Perspectivas.

## ABSTRACT

This dissertation analyzes the Brazilian judicial review system of the laws and other normative acts of the public power, based on a review of its historical roots, verifying the path that initially led to the adoption of the American system and subsequently, to the creation of a mixed, eclectic or hybrid system in which the American and European models coexist.

This research seeks to understand the directions that the judicial review of legislation has taken in Brazil, and more specifically, the prospects for the American model in the mixed system established by the 1988 Constitution.

In the Research Phase, the inductive method was used, in the data treatment phase, the cartesian method was used, and in this research report, the deductive basis is applied. Techniques such as referent, category and operational concepts were activated.

This study concluded that the wealth of the Brazilian system is based precisely on the meeting of the two classical models of judicial review of legislation. And within this complex mechanism, the American model plays a fundamental role in the democratization of constitutional jurisdiction. Furthermore, the mixed system promotes a balance between the eminently political analysis applied by the European system and the predominantly legal trial carried out in the American system, especially in the lower courts. It therefore creates a healthy balance between politics and law that makes a significant contribution to achieving the objectives of a Democratic State of Law.

This dissertation is inserted on the Line of Research Principles, Constitutionalism and Production of Law.

**Keywords:** Control. Constitutionality. Mixed. Diffuse. Prospects.

## INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem por objeto o estudo do sistema brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis a partir de suas raízes históricas, desde as mais remotas até as mais recentes.

Desta forma, será analisado o caminho que levou, no Brasil, inicialmente à adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade e, posteriormente, à criação de um sistema misto, eclético ou híbrido, no qual coexistem o modelo difuso, derivado do *judicial review* norte-americano e o modelo concentrado, de inspiração austríaca.

Esta investigação possibilitará a compreensão dos rumos que vem tomando o controle de constitucionalidade no Brasil e, mais especificamente, quais são as perspectivas para o modelo difuso dentro do sistema misto adotado desde 1965 e consagrado pela Constituição de 1988.

Sendo o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos o principal instrumento de defesa da Constituição, reputa-se de extrema relevância perquirir quais os caminhos que ele vem trilhando a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do julgamento da Reclamação n. 4335-5/AC, que poderá representar uma reviravolta no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Assim, busca-se, por meio do resgate histórico do mecanismo do controle de constitucionalidade, verificar quais são as perspectivas para o controle difuso dentro do sistema misto adotado no Brasil.

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

a) o controle difuso foi totalmente superado pelo controle concentrado no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

b) o controle difuso permanece, mas claramente ofuscado pelo controle concentrado a partir das modificações introduzidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

c) o controle difuso permanece com sua importância inabalada, pois a sua coexistência com o controle concentrado é que determina a riqueza do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, e são aqui sintetizados, como segue.

O Capítulo 1 abordará como ocorreu no continente europeu a transição da organização medieval para o modelo de Estado regido por uma Constituição com atributo de superioridade com relação às demais normas do ordenamento jurídico.

O Capítulo 2 será dedicado ao estudo do controle de constitucionalidade e das principais formas que este importantíssimo instrumento de defesa da Constituição tem assumido.

Partindo da verificação do órgão encarregado da fiscalização da constitucionalidade, serão examinados os três principais sistemas existentes atualmente: a) o sistema difuso; b) o sistema concentrado; e c) o sistema de controle político vigente na França.

Na abordagem do modelo concentrado, serão enfatizados os sistemas austríaco, alemão e italiano, pela importância que tiveram no desenvolvimento do referido modelo de controle de constitucionalidade.

Ao final, pretende-se sintetizar as principais características dos sistemas difuso e concentrado, as razões do desenvolvimento de um e outro e as vantagens e desvantagens da adoção destes dois modelos.

O Capítulo 3 será dedicado, inicialmente, ao desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no Brasil desde o seu surgimento até a conformação introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na sequência, serão abordados os principais aspectos operacionais do sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil para, então, analisar a posição ocupada pelo controle difuso no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e as perspectivas para o seu futuro desenvolvimento.

O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos

destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as perspectivas para o controle difuso dentro do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Quanto à Metodologia<sup>2</sup> empregada registra-se que na Fase de Investigação o Método<sup>3</sup> utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, será empregada a base dedutiva<sup>4</sup>. Foram acionadas as técnicas do referente<sup>5</sup>, da categoria<sup>6</sup>, dos conceitos operacionais<sup>7</sup>, da pesquisa bibliográfica<sup>8</sup> e do fichamento<sup>9</sup>.

Nesta dissertação os conceitos operacionais das categorias principais serão apresentados em nota de rodapé quando mencionados pela primeira vez.

Os trechos em língua estrangeira constarão no corpo do texto com sua redação original e a tradução livre da autora encontrar-se-á em nota de rodapé.

Por fim, destaca-se que serão utilizadas citações indiretas, com indicação das referências em nota de rodapé, quando as ideias dos autores citados puderem ser incorporadas facilmente ao texto, sem prejuízo à construção original do trecho citado. E serão utilizadas citações diretas nos trechos em que se quiser conservar a ideia original do autor citado em todos os seus detalhes.

---

<sup>2</sup> No Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI adota-se como padrão metodológico a obra PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 216p.

<sup>3</sup> "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.*p.206.

<sup>4</sup> Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 81 a 105.

<sup>5</sup> "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 54.

<sup>6</sup> "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 25.

<sup>7</sup> "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 37.

<sup>8</sup> "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais".PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 207.

<sup>9</sup> "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 201 e 202.

# CAPÍTULO 1

## A ORIGEM DO ESTADO CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Este primeiro capítulo será dedicado à análise de como ocorreu no continente europeu a transição da organização medieval para o modelo de Estado regido por uma Constituição com atributo de superioridade com relação às demais normas do ordenamento jurídico.

Inicialmente, tratar-se-á do surgimento do Estado Moderno e da sua transformação em Estado de Direito ou Estado Constitucional, abordando-se as três feições que este último assumiu: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

Por fim, discorrer-se-á sobre o surgimento, no âmbito do Estado Constitucional, da compreensão da Constituição como Lei Superior com a qual todas as demais normas devem ser compatíveis.

### 1.1 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO

O Estado Moderno pode ser apontado como aquela estrutura de organização da sociedade que se desenvolveu em decorrência da crise da ordenação vigente durante o período medieval<sup>10</sup>.

Ao longo da Idade Média, tinha-se um poder superior, exercido pelo Imperador, mas que convivia com uma infinidade de poderes menores, sem hierarquia definida. Havia também uma multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 158. Título original: Staatslehre. p. 169; ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? *In* FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica** – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 16; SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e o constitucionalismo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 63; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 44. GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução de Dario Canali. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 8.

monarquias inferiores, o direito comunal, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios. Ou seja, não havia a ideia de um ordenamento jurídico hierarquizado.<sup>11</sup>

Da extrema descentralização política, como ensina Miranda<sup>12</sup>, decorriam as várias fraquezas deste sistema: o localismo da vida social, a precariedade das estruturas econômicas, a frágil tutela dos direitos dos indivíduos. Além disso, tinha-se a deficiência interna resultante da contraposição entre o Papa e o Imperador.

Esse cenário resultava em uma permanente instabilidade política, econômica e social, que despertava urgente necessidade de ordem e de autoridade, que seria o impulso para o desenvolvimento do Estado Moderno.

Nesse contexto, Heller<sup>13</sup> conclui que na Idade Média não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independente no interior e no exterior que atuasse de modo contínuo com meios de poder próprios e delimitada pessoal e territorialmente. Quase todas as funções tradicionalmente exercidas pelo Estado Moderno encontravam-se repartidas entre os mais diversos atores sociais: a Igreja, o nobre proprietário de terras, os cavaleiros, as cidades e outros privilegiados.

A transição da estrutura medieval para o Estado Moderno não se deu de maneira uniforme em todas as unidades territoriais, mas pode-se apontar uma forma intermediária denominada Estado Estamental (*Ständestaat*) ou monarquia limitada pelas ordens. Começa, então, a surgir a ideia de Estado como organização disciplinadora dos direitos vigentes.

O Estado Estamental, que já se encontra situado no domínio do Estado, mas traz consigo algumas marcas da era feudal, caracteriza-se pela dualidade política rei-estamentos, sucessora do dualismo rei-reino medieval. O rei exerce o poder central, mas tem de contar com os estamentos, corpos organizados vindos da Idade Média.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 59.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 35.

<sup>13</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 158.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 41.



Em síntese, o Estado centralizado, como poder institucionalizado, é pós-medieval, surgindo como resultado das relações que se formaram a partir do modo de produção capitalista emergente.

É impossível definir uma data precisa da passagem do feudalismo para o capitalismo, pois durante muitos séculos esses dois modos econômicos de produção coexistiram na Europa Ocidental e Central.<sup>15</sup>

Heller<sup>16</sup> afirma que o aparecimento do poder estatal monista produziu-se segundo formas e etapas muito diferentes nas diversas nações. Segundo ele, a centralização política surgiu primeiramente na Inglaterra, onde os reis normandos conseguiram criar, já no século XI, uma organização política relativamente forte no meio da hierarquia feudal. Aponta, ainda, que uma manifestação prematura do Estado Moderno desenvolveu-se na primeira metade do século XIII na Sicília por Federico II, que subtraiu de forma radical ao sistema feudal o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando tudo de modo burocrático. Ressalta, porém, que as origens propriamente ditas do Estado Moderno remetem-se às cidades-repúblicas da Itália setentrional na época da Renascença. Em Florença, Nicolau Maquiavel<sup>17</sup> com seu “Príncipe” introduziu na literatura o termo *lo stato* (o Estado) para designar o novo *status* político e analisa, de maneira bastante realista, a *ragione di stato* (razão do Estado) da Idade Moderna.

Dallari<sup>18</sup> destaca que os tratados de paz de Westfália, assinados em 1648 assumiram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano.

---

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 22.

<sup>16</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 161-162.

<sup>17</sup> Nicolau Maquiavel (1469-1527) foi um diplomata, escritor e político florentino. Sua obra provocou uma reviravolta na perspectiva clássica da filosofia política grega. Enquanto esta tinha como preocupação primordial a elaboração do melhor regime político possível, Maquiavel partiu “das condições nas quais se vive e não das condições segundo as quais se deve viver”. A teoria por ele elaborada desmascarou as pretensões da religião e da teologia em matéria política, por substituí-las pelo conhecimento verdadeiro das relações que levam as avaliações morais às análises descritivas do campo político. Suas principais obras, entre as quais se destaca “O Príncipe”, foram “Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio”, “Da Arte da Guerra”, e a comédia teatral “A Mandrágora” (cfr. CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. p. 41).

<sup>18</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 60.

Para Gruppi<sup>19</sup>, o Estado Moderno apresenta dois elementos que o diferem dos antigos Estados Grego e Romano. O primeiro é a autonomia, a plena soberania do Estado, que não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra força. O segundo é a distinção entre Estado e sociedade civil, que vai evidenciar-se no século XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. Uma terceira característica distingue o Estado Moderno da estrutura vigente na Idade Média. O Estado Medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo que nele se encontra (homens e bens). Na primeira fase do Estado Moderno, ao contrário, existe uma identificação absoluta entre o Estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal.

Portanto, se na Idade Média o poder político de controle social se concentrava no âmbito privado, confundindo-se com o poder econômico, a partir do Estado Moderno e do estabelecimento da economia de mercado, consolidou-se a separação entre público-privado ou sociedade civil-sociedade política. Assim, as principais especificidades que marcaram a passagem da estrutura estatal medieval para o Estado Moderno são: primeiramente, a separação entre uma esfera pública, dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e uma esfera privada sob o domínio dos interesses pessoais; em segundo lugar, o Estado Moderno dissocia o poder político do poder econômico.<sup>20</sup>

Segundo Streck e Bolzan de Moraes<sup>21</sup>, a organização burocrática é o elemento essencial do qual decorrem as outras quatro características essenciais que materializam a realidade estatal moderna: o monopólio do sistema monetário, o monopólio do sistema fiscal, o monopólio da realização da justiça e o exército nacional.

Num primeiro momento, essa estratégia de construção da nova organização estatal, baseada na ideia de soberania, vai acarretar a concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, originando as chamadas monarquias absolutistas.

---

<sup>19</sup> GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. p. 10.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 28.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 29.

Porém, Bonavides<sup>22</sup> adverte que a monarquia absoluta, que antecede a conquista do poder político pelo terceiro estado (burguesia), abrangeu e caracterizou apenas parte do mapa político europeu. Não a conheceram a Alemanha e a Itália, ambas divididas em principados, reinos e cidades livres, e que somente muitos anos depois completariam o processo de unificação nacional. Da mesma forma ocorreu com os Países Baixos.

A Inglaterra, em rigor, não chegou a erigir a monarquia absoluta. Ainda sob os Tudors e os Stuarts, o que prevalecia era um estado de insurreição contra o intento de absolutismo, contra a quebra das antigas prerrogativas aristocráticas. A nobreza inglesa assumiu postura que a preservou da influência dos movimentos revolucionários ocorridos na França, Espanha e Portugal.

A aristocracia na Inglaterra mesclou-se gradativamente com a burguesia, participou do desenvolvimento comercial e industrial, e acabou, pela revolução, por via dos acontecimentos de 1688, implantando uma nova autoridade política: a monarquia limitada, a monarquia parlamentar.<sup>23</sup>

De qualquer sorte, a doutrina costuma apontar a monarquia absoluta como a primeira feição assumida pelo Estado Moderno.

No Estado absoluto o monarca exercia o poder de forma praticamente ilimitada, pois existiam poucas regras jurídicas definidoras do poder e as existentes eram vagas e quase todas não escritas.<sup>24</sup>

Na época, vigorava a ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o 'representante' de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade. Jean Bodin<sup>25</sup>, um dos importantes teóricos do Estado Absoluto, defendia que a soberania do

---

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 74.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p. 75.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 42.

<sup>25</sup> Jean Bodin (1530-1596) foi um economista e jurista francês. Sua principal obra é *De la République*, publicada em 1576, que segundo Bobbio é "a obra política mais importante do período de formação dos grandes Estados territoriais". Bodin entrou para a história do pensamento político como o teórico da soberania, que seria "o poder absoluto e perpétuo que é próprio do Estado". Foi também um dos principais autores a teorizar sobre o absolutismo monárquico, ao defender que o monarca exerce um poder absoluto, limitado apenas pelas leis naturais e divinas (cfe. BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011. p. 95-96. Título original: La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero político).

monarca era perpétua, originária e irresponsável em face de qualquer outro poder terreno.<sup>26</sup>

Para Miranda<sup>27</sup> é usual distinguir duas fases na evolução do absolutismo. Num primeiro período, que se estende até princípios do século XVIII, a monarquia afirma-se de direito divino e o rei proclama-se escolhido por Deus. Numa fase subsequente, vai procurar-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista condizente com o iluminismo dominante. É o despotismo esclarecido ou, noutra perspectiva, em alguns países, o Estado de Polícia, em que o Estado age como uma associação para a consecução do interesse público e o monarca deve ter plena liberdade nos meios para atingir seus objetivos.

É fato que a organização absolutista serviu fundamentalmente para a reconstrução da unidade do Estado e da sociedade, ao passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder.

Porém, sobretudo no século XVIII, as alterações ocorridas no seio da sociedade tornam-se evidentes. A lei passa a prevalecer sobre o costume como fonte do Direito e esboça-se o movimento de codificação, reforma-se a justiça, consolida-se a função pública, criam-se exércitos nacionais e o Estado intervém em alguns setores até aí ignorados da cultura, da economia e da assistência social.<sup>28</sup>

No âmbito econômico, desde a baixa Idade Média a técnica de produção vinha se transformando. O poder econômico deslocou-se dos feudos para a burguesia das navegações, do comércio florescente, das manufaturas prósperas, das empresas lucrativas e criou nas cidades a base da nova sociedade, que vinha substituir a sociedade feudal fundada no domínio sobre a terra.<sup>29</sup>

Com exceção da monarquia inglesa, que já vinha cedendo espaço à burguesia desde meados do século XVI, na maioria dos países da Europa continental, a monarquia, a nobreza e o clero, sustentados pelo fisco, não

---

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 45.

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 43.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 43-44.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p. 68-76.

percebiam a realidade histórica que havia transferido do feudo para o sistema capitalista em expansão, o efetivo poder econômico da sociedade.

Do ponto de vista cultural e filosófico, a burguesia com sua vastíssima literatura de cunho racional, escrevia sobre a teoria do contrato social e pleiteava junto às antigas ordens privilegiadas o poder limitado, o Estado de direito, a liberdade das forças produtivas da economia capitalista para criar riquezas e dilatar mercados.

Quando a burguesia sedimentou seu poder econômico e cultural, passou a questionar a permanência da autoridade política em mãos de um monarca empenhado em manter a antiga ordem jurídica e social privilegiada vinda da Idade Média.

Com o objetivo de libertar-se politicamente, isto é, a fim de resolver a contradição entre a titularidade do poder econômico e do poder político, a burguesia voltou-se contra a realeza absoluta até promover-lhe violentamente a queda, na sequência de acontecimentos que marcaram a Revolução de 1789.<sup>30</sup>

Desta forma, a burguesia conquistou definitivamente a autoridade política ao suprimir o paradoxo e a contradição de três séculos, desde a monarquia absoluta até a proclamação do primeiro Estado Constitucional e sua monarquia limitada.

Segundo Bonavides<sup>31</sup>:

[...] onde quer que se inaugure no Ocidente o momento de limitação constitucional da autoridade, daí por diante se há de contar licitamente a formação do Estado burguês, liberal-democrático. Pouco importa seja ele a monarquia parlamentar inglesa ou a república presidencial americana – que seus teóricos principais se chamem Locke, na Inglaterra, Jefferson, Franklin e Washington, nos Estados Unidos, Montesquieu e Rousseau, na França.

As correntes filosóficas do contratualismo<sup>32</sup>, do individualismo<sup>33</sup> e do iluminismo<sup>34</sup>, aliadas às profundas transformações políticas,

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p. 68-76.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p. 68-76.

<sup>32</sup> Em sentido amplo, o contratualismo pode ser conceituado como uma corrente do pensamento ocidental “que compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos

sociais e econômicas vivenciadas no período vão conduzir à formação do Estado Constitucional ou de Direito.

## 1.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL OU DE DIREITO

Tradicionalmente, aponta-se a Revolução Francesa como o ponto em que se dá a passagem do Estado Absoluto ao novo poder político da burguesia, que fundou um regime de autoridade limitada organizada em bases jurídicas. E o Estado de Direito emergente após a Revolução Francesa representa para a teoria constitucional o coroamento ideológico das posições liberais e democráticas de Locke<sup>35</sup>, Montesquieu<sup>36</sup> e Rousseau<sup>37</sup>.

Sem dúvida, o fator de maior expressão na transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal foi a Revolução Francesa, mas tiveram bastante importância nesta mudança a Inglaterra (onde a revolução se

---

indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político” (*in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. v. 1. 12. ed. Brasília: LGE, 2004. p. 272. Título original: Dizionario di politica).

<sup>33</sup> O individualismo é um conceito político, filosófico, moral e social que exprime a afirmação da liberdade do indivíduo frente a um grupo, à sociedade ou ao Estado. Corrente que caracteriza a ideologia do liberalismo no âmbito moral.

<sup>34</sup> O iluminismo “indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII, mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso ‘o século das luzes’. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da ‘luz’ contra as ‘trevas’. [...] O iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é o uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos” (*in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 605).

<sup>35</sup> John Locke (1632-1704) foi um pensador inglês considerado o fundador do liberalismo político. Na obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” Locke defendeu a ideia de que os indivíduos, por meio de um contrato social, criam o Estado para proteger seus direitos fundamentais que são a vida, a propriedade e a liberdade. Segundo ele, o Estado existe apenas para proteger estes direitos, que são inatos e anteriores ao próprio surgimento do Estado (cfe. SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 56).

<sup>36</sup> Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu (1689-1755) foi um pensador francês considerado um dos principais teóricos do liberalismo político. Em sua obra mais importante “Do Espírito das Leis”, de 1748, desenvolveu a teoria da separação dos poderes legislativo, judiciário e executivo. Suas ideias influenciaram os líderes da independência norte-americana e parte dos líderes da Revolução Francesa. Por isto, algumas de suas teses encontram-se nas constituições de muitos Estados atuais (cfe. CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. p. 42).

<sup>37</sup> Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi um importante pensador suíço. Sua principal obra foi “O Contrato Social”, na qual sustentou que a sociedade e o Estado nascem através de um acordo entre os homens em benefício de seus interesses comuns. Defendia que o pacto (contrato social) é fruto da vontade geral e que, portanto, o poder soberano é do próprio povo. Suas ideias inspiraram intensamente a Revolução Francesa (1789) e ainda hoje exercem grande influência sobre o constitucionalismo francês.

desencadeia um século antes e onde se inicia a Revolução Industrial), e os Estados Unidos (com a primeira a primeira Constituição escrita em sentido moderno).

No final do século XVII, com a chamada Revolução Gloriosa (1688) e a obra de John Locke, é que se inicia propriamente o liberalismo político, e um Estado Constitucional se desenvolve subordinado ao controle parlamentar e comprometido com o respeito aos novos direitos individuais. John Locke, conhecido como o “pai do liberalismo”, lança as bases do ideal de governo limitado nutrido pelo jusnaturalismo racionalista<sup>38</sup>, que afirma a existência de direitos inerentes à natureza humana e preexistentes ao Estado. Segundo sua conhecida formulação, a legitimidade do exercício do poder político decorre do respeito às liberdades inatas e inalienáveis, os direitos naturais.<sup>39</sup>

As cartas e declarações de direitos, típicos do constitucionalismo inglês desde a *Magna Carta Libertatum*, de 1215, simbolizam o reconhecimento de tais direitos e estabelecem o núcleo da liberdade individual que não pode ser invadido pelo Estado. Tais documentos se apresentam como contratos entre o povo e os governantes, e acabam por se tornar verdadeiros instrumentos do governo. Esta tradição, de “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito”, viria a se constituir, a partir da Constituição norte-americana de 1787, na idéia síntese do Estado Constitucional contemporâneo.<sup>40</sup>

Segundo Miranda<sup>41</sup>, tem-se no plano das ideias e das regras jurídicas positivas:

---

<sup>38</sup> De modo geral o jusnaturalismo pode ser identificado como “uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)”. Bobbio, Matteucci e Pasquino alertam, porém, para a existência de, pelo menos, três versões fundamentais do jusnaturalismo. Uma delas seria a do jusnaturalismo racionalista, que parte da existência de uma “lei natural” ditada pela razão, específica do homem, que a encontra autonomamente dentro de si (cfe. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 655-656)

<sup>39</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

<sup>40</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. p. 17-18.

<sup>41</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 45.

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política.

Neste sentido, a Constituição representa algo inédito. Constitui-se em um corpo de normas que traduz um determinado sistema de valores da vida pública e envolve um novo modo (limitado) de se conceber o poder do Estado. Em última análise, é justificada pelos princípios filosóficos, políticos e jurídicos que determinaram o desenvolvimento da sociedade que pretende reger.

Os textos mais representativos dessa nova concepção de exercício do poder político são a Declaração de Direitos de Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Para Miranda<sup>42</sup>, a expressão “Estado Constitucional” parece ser de origem francesa, a expressão “Governo Representativo” de origem anglo-saxônica e a expressão “Estado de Direito” de origem alemã. A variedade de nomenclaturas denota a diversidade de contribuições teóricas e os aspectos destacados por cada uma delas. Mais adiante, o autor leciona que:

Numa primeira noção, Estado constitucional significa Estado assente numa Constituição reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder.

Governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder – aquela radicada no povo, nação (no sentido revolucionário) ou na coletividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da coletividade (de toda a coletividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia direta, em que inexistente tal dissociação.

---

<sup>42</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p.44-46



Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes.

As expressões mais utilizadas têm sido Estado Constitucional e Estado de Direito, para designar entes que na prática conjugam os três qualificativos acima descritos. O Estado brasileiro certamente agrega características de Estado Constitucional, de Governo Representativo e de Estado de Direito, mas a Constituição de 1988 optou por designá-lo Estado (Democrático) de Direito.

Do ponto de vista ideológico, o Estado de Direito ou Estado Constitucional surge como Estado Liberal, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão), como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade). Mas, as sucessivas crises deste modelo vão determinar a sua transmutação em Estado Social de Direito.

### **1.2.1 O Estado Social de Direito**

Como já visto, o Estado de Direito nasce ligado ao conteúdo do liberalismo. O Estado Liberal, intervindo minimamente na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios, tais como o progresso econômico acentuado, que criou condições para a Revolução Industrial; a valorização do indivíduo, que despertou a consciência para a liberdade humana; o desenvolvimento das técnicas de poder, com a substituição do poder pessoal pelo poder legal.

Por outro lado, o Estado liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta. Além disso, a concepção individualista da liberdade foi a causa de uma crescente injustiça social, pois o direito de ser livre não assegurava a ninguém as condições mínimas para o exercício desta liberdade.

Uma outra consequência grave da instituição do Estado Liberal foi o desenvolvimento da classe proletária. Com a formação de grandes

aglomerados urbanos, decorrência direta da Revolução Industrial, havia excesso de mão-de-obra, o que estimulava a manutenção de péssimas condições de trabalho, com ínfima remuneração. Entretanto, a ideologia (liberal) dominante não admitia que o Estado interferisse para alterar a situação estabelecida e corrigir as injustiças sociais. Foi esta situação de desigualdade que estimulou, já no século XIX, os movimentos socialistas e, nas primeiras décadas do século XX, o crescimento do intervencionismo estatal. Segundo Dallari<sup>43</sup>:

Ao longo da Primeira Guerra Mundial a situação dos operários se agravou no mundo todo. Na Rússia criaram-se as condições para a formação do primeiro Estado Socialista, e nos demais Estados a estabilidade social começou a ser buscada através de medidas socializantes. Logo depois da guerra, aprova-se na Alemanha a Constituição de Weimar, dando grande ênfase à questão operária, tendência adotada por outras Constituições. E foram ainda as grandes dificuldades enfrentadas pelas massas proletárias que determinaram, na Alemanha, a ascensão do partido nazista, e nos Estados Unidos, a implantação do Estado Intervencionista.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial o Estado vai ampliando ainda mais sua esfera de ação e entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o início dos anos setenta, em todos os países do Ocidente com regimes democráticos, passa a existir um consenso entre todas as forças políticas majoritárias na aplicação das denominadas políticas de Estado de Bem-Estar Social, que alcançou seu mais amplo desenvolvimento nos países onde os partidos social-democratas, que renunciaram ao marxismo, puderam governar por mais de uma década.

Abreu<sup>44</sup> afirma que nesse momento, o Estado de Direito deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado Social de Direito, comprometido em realizar a justiça social. O qualitativo “social” retrata a correção do individualismo clássico liberal, afirmando-se os denominados direitos sociais com a realização de objetivos de justiça social.

---

<sup>43</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 236.

<sup>44</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 108.

Com efeito, segundo Cruz<sup>45</sup> o Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal, que pretendeu superar suas crises de legitimidade, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.

Por meio do constitucionalismo social, o Estado passou a desenvolver ações acompanhadas de uma crescente inclusão nas Constituições de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série serviços, em geral públicos e gratuitos, aos cidadãos. Os esforços para garantir a igualdade de oportunidades, que é o objetivo principal do Estado Social, e uma certa distribuição de renda derivada de algumas ações do próprio Estado, completaram esta nova dimensão da democracia que este modelo ideológico de Estado representa.

Pode-se, assim, dizer que o Estado Social representa uma segunda fase do Estado Constitucional. De acordo com Miranda<sup>46</sup>, isto ocorre por dois motivos:

1º) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade – pública e privada – das pessoas continua a ser o valor básico da vida coletiva e a limitação do poder político um objetivo permanente; 2º) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução Francesa, o titular do poder político.

O Estado Social de Direito, pretendendo corrigir a situação de injustiça social gerada no âmbito do modelo de Estado Liberal, mas mantendo a estrutura jurídico-política deste último, não conseguiu alcançar o seu intento, principalmente em países de modernidade tardia como o Brasil.

Diante desta constatação, passa-se a teorizar sobre um novo modelo de Estado disposto a romper com as bases dos modelos anteriores para

---

<sup>45</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. p. 163.

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 53.

alcançar, dentre outros objetivos, a plena realização dos direitos fundamentais. Este novo modelo é convencionalmente chamado de Estado Democrático de Direito.

### 1.2.2 O Estado Democrático de Direito

A expressão Estado de Direito, embora possa ser entendida sob várias formas e sofrer variações a depender do espaço cultural em que foi adotada, possui um núcleo essencial presente em todas essas variáveis. Por isso, Saldanha<sup>47</sup> afirma que:

[...] é possível reservar a expressão Estado de Direito para designar a situação criada pelas revoluções demoliberais burguesas e pelo constitucionalismo. Temos então o Estado de Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a constituição.

É inegável que o Estado de Direito nasceu e se desenvolveu sob o signo do liberalismo. Porém, com a crise da ideologia liberal, impulsionada pela extrema desigualdade social causada pela Revolução Industrial e pelas crises econômicas que assolaram o mundo ocidental no início do século XX, o Estado de Direito agregou o adjetivo social.

O Estado Social de Direito, mesmo com o objetivo manifesto de criar uma situação de bem-estar geral que garantisse o desenvolvimento da pessoa humana, admitia formas ambíguas de concretização. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30, foram Estados Sociais, o que evidencia que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 18.

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 205-206.

Os fatos mostram que o Estado Social de Direito não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

Canotilho<sup>49</sup> assevera que o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional e que, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. Deve-se apresentar, portanto, com duas qualidades: Estado de Direito e Estado Democrático.

Isso significa que o Estado Constitucional moderno não pode ser apenas um Estado de Direito, ele tem que estruturar-se como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação entre direito e poder no Estado Constitucional exige que o poder do Estado se organize em termos democráticos. Ou seja, exige-se respeito ao princípio da soberania popular, do qual decorre que o poder político deriva do poder dos cidadãos<sup>50</sup>.

Mas, conforme destaca Silva<sup>51</sup>:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Para Streck e Bolzan de Moraes<sup>52</sup> o Estado Democrático de Direito nasce com o objetivo de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma junção de conceitos, mas com um conteúdo próprio em que estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto em que a preocupação básica é a transformação do *status quo*.

---

<sup>49</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 92-93.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 97-98.

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

<sup>52</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 92.

O Estado Democrático de Direito agrega um elemento extra aos modelos anteriores. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio que deve ser garantido através do asseguração jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Ferrajoli<sup>53</sup> identifica o Estado de Direito, transmutado em Estado Democrático de Direito, com o garantismo. Refere-se não a um Estado legal ou a um Estado regulado pelas leis, mas a um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e que se caracteriza:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

Nessa linha de raciocínio, o Estado passa a ser caracterizado pela adesão a um conjunto de princípios e valores que passarão a contar com a consagração explícita nas Constituições e serão providos de mecanismos garantidores apropriados.

Tendo em vista o caso concreto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Silva<sup>54</sup> elenca os princípios do Estado Democrático de Direito:

(a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e

---

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 687-688. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.*

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 122.

os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;

(b) princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

(c) sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);

(d) princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica;

(e) princípio da igualdade (art. 5º, caput, e I);

(f) princípios da divisão de poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95);

(g) princípio da legalidade (art. 5º, II);

(h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

Pode-se, assim, dizer que o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, mas trabalha na construção de mecanismos para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>55</sup>

Um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito consiste, portanto, na sua vinculação a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica. Isto implica a percepção da Constituição como Lei Fundamental dentro da organização jurídica do Estado, noção que será aprofundada no tópico seguinte.

### **1.3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Para tratar adequadamente a supremacia da constituição é importante antes efetuar uma breve introdução ao constitucionalismo, entendido

---

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 8. n. 2. Maio/ago. 2003. p. 261.

como movimento histórico que culminou na elaboração das modernas Constituições a partir do século XVIII.

O pensamento constitucional encontra suas raízes em antecedentes históricos que vêm desde a antiguidade grega, passando por Roma e pela Europa medieval. A tese dominante, porém, é no sentido de que o constitucionalismo só se estrutura plenamente, em sua forma e conteúdo, dentro da experiência ocidental contemporânea.

Canotilho<sup>56</sup> adverte que o movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais e geográficos diferenciados e, por isso, seria mais apropriado falar em vários constitucionalismos. Contudo, esses diversos movimentos constitucionais possuem alguns pontos de aproximação entre si que permitem a formulação de uma noção básica. Assim, segundo o autor:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Na sua origem, a teoria constitucional contemporânea surge em larga medida sob a influência e o exemplo de três fundamentais experiências revolucionárias, que abriram caminho para o chamado Estado Constitucional, e que do mesmo modo instauraram, em contextos bastante distintos, a ordem liberal-burguesa que iria se projetar no mundo nos últimos séculos. Tais experiências foram a inglesa, a norte-americana e a francesa.<sup>57</sup>

Pode-se dizer que o constitucionalismo deu os seus primeiros passos em 1215, quando os barões ingleses obrigaram o rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta, comprometendo-se a obedecê-la e aceitando a limitação dos seus poderes.

Ao final do século XVII, tem-se Locke e o início do liberalismo contemporâneo. Com a Revolução de 1688, sobretudo através do *Bill of Rights* e do *Act of Settlement*, a Inglaterra revelou ao mundo ocidental o

---

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 51.

<sup>57</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. p. 45.



sistema parlamentarista e difundiu o modelo das declarações de direitos que consagram reivindicações do povo e reestruturam o Estado.<sup>58</sup>

Com as Revoluções do século XVIII, inspiradas pelos ideais do jusnaturalismo, do iluminismo e do racionalismo nascem as primeiras Constituições em sentido moderno (escritas), com o objetivo de atribuir direitos fundamentais ao ser humano e racionalizar o poder do Estado.

A primeira Constituição representativa do constitucionalismo moderno foi a dos Estados Unidos da América de 1787, que incorporou valores e princípios manifestados já na Declaração de Independência de 1776, na Declaração do estado de Virgínia, de 1776 e nas Declarações de Direitos de outros estados já formados à época. Além disso, introduziu a forma federativa e o sistema presidencialista, marcas do constitucionalismo norte-americano até os dias atuais.

Logo em seguida deflagra-se na França a Revolução de 1789, que culminou na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, em 1791 tem-se propriamente a primeira Constituição francesa em sentido moderno. O principal traço característico da Constituição Francesa de 1791 é a sua origem revolucionária. Nenhum outro país viveu de forma tão intensa a transição da monarquia absoluta para o governo limitado pela ordem jurídica.

Já o sistema jurídico inglês representa no ocidente algo bastante peculiar. Nas palavras de Miranda<sup>59</sup>:

No Direito Constitucional de qualquer país aparecem sempre normas provindas de lei, de costume e de jurisprudência. O que varia é a predominância de uns e de outros elementos e o modo como se articulam entre si. No Direito Constitucional da Grã-Bretanha, essa predominância cabe ao costume, o que constitui, nos tempos atuais, um caso único, sem paralelo em qualquer outro país.

A Grã-Bretanha não possui uma Constituição codificada e sistemática, como ocorre na grande maioria dos Estados ocidentais. A “Constituição” Inglesa compreende as regras consuetudinárias sobre os assuntos

---

<sup>58</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. p. 46-48.

<sup>59</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 75.

do Estado e as inúmeras leis constitucionais que foram sendo agregadas ao sistema jurídico desde a Magna Carta de 1215.

A unidade fundamental da Constituição Inglesa não se baseia em um texto ou documento, mas em princípios não escritos, assentes na organização social e política dos britânicos. Ademais, as leis constitucionais inglesas não se ligam sistematicamente, não se qualificam formalmente como constitucionais e não possuem, enquanto tais, uma força jurídica específica, como ocorre nos países dotados de Constituições formais. A supremacia da Constituição na Inglaterra não decorre de nenhum postulado, mas da sua função.<sup>60</sup>

Por todas estas peculiaridades – ausência de constituição formal, ausência de poder constituinte, permanência de práticas seculares e de hábitos institucionais medievais –, a chamada “Constituição Inglesa” não se enquadra em uma série de catalogações desenvolvidas em função da prática moderna e do modelo positivo. Daí sua posição de exceção em face das tipologias constitucionais correntes.<sup>61</sup>

Segundo Canotilho<sup>62</sup>, o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada Constituição moderna, entendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. Porém, ressalta que se trata de um conceito ideal, que não corresponde a nenhum dos movimentos históricos do constitucionalismo:

Assim, um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de “ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito”. Para ele a constituição – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos “ingleses” e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não repugnaria a idéia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com “freios” e “contrapesos” feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projectante traduzida na programação

---

<sup>60</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 75-76.

<sup>61</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. p. 50.

<sup>62</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 52-53.

racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um “vintista exaltado” português a constituição teria de transportar necessariamente um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a “ordem histórico-natural das coisas” que outra coisa não era senão os *privilèges* do *ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder – o poder constituinte –, teria de definir os esquemas ou projectos de ordenação de uma ordem racionalmente construída.

Como decorrência desses valores compartilhados pela sociedade burguesa a partir dos séculos XVII e XVIII desenvolve-se a ideia essencial do constitucionalismo moderno que se assenta na “submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a subsistência de previsões e certezas para o convívio com o poder”.<sup>63</sup>

Outro elemento central do constitucionalismo contemporâneo é a compreensão da Constituição como lei fundamental ou, em outros termos, a chamada supremacia da Constituição.

Cappelletti<sup>64</sup> reconhece que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review (of the constitutionality of legislation)*<sup>65</sup>, em outros Estados, e em especial nos Estados europeus, nada parecido havia sido criado. Afirma que a razão para isto é facilmente compreensível ao se ter em conta que foi com a Constituição norte-americana que teve verdadeiramente início a era do “constitucionalismo”, com a concepção da *supremacy of the Constitution*<sup>66</sup> em relação às leis ordinárias.

Isto porque a Constituição norte-americana representou o arquétipo das chamadas constituições “rígidas”, contrapostas às constituições “flexíveis”, ou seja, foi modelo daquelas constituições que não podem ser mudadas ou derogadas através de leis ordinárias, mas, eventualmente, somente por meio de procedimentos especiais de revisão (ou reforma) constitucional.

A despeito de reconhecer as inovações introduzidas pelo constitucionalismo norte-americano, em especial no tema do controle judicial de

---

<sup>63</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. p. 29.

<sup>64</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 46. Título original: Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato.

<sup>65</sup> Tradução livre da autora: revisão judicial da constitucionalidade das leis.

<sup>66</sup> Tradução livre da autora: supremacia da Constituição.

constitucionalidade das leis, Cappelletti<sup>67</sup> alerta para o fato de que, embora não expressa e configurada como “supremacia da constituição” em relação às leis ordinárias, existiu em sistemas jurídicos mais antigos espécies de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis em relação a outras leis.

No direito ateniense distinguia-se entre o *nómos*, isto é, a lei em sentido estrito, e o *pséfisma*, assemelhado ao decreto na terminologia moderna. Os *nómoi*, leis em sentido estrito, diziam respeito à organização do Estado e só podiam ser modificadas por meio de um procedimento especialíssimo, o que os aproxima das modernas leis constitucionais. A *Ecclesia*, ou seja, a Assembléia Popular, tinha um poder legislativo direto, mas as suas deliberações assumiam a forma de *pséfismata* e não de *nómoi*. E era princípio fundamental do sistema ateniense a necessidade de que os *pséfismata* (assemelhados ao decreto), qualquer que fosse o seu conteúdo, fosse “legal, seja na forma, seja na substância”, ou seja, não podiam estar em contraste com os *nómoi* (assemelhados às leis constitucionais) vigentes.<sup>68</sup>

Eram duas as conseqüências da incompatibilidade de um *pséfisma* com os *nómoi*. Tinha-se, de um lado, a responsabilização penal daquele que havia proposto o *pséfisma* através de uma ação pública de ilegalidade chamada *grafe paranómon*, e, de outro, julga-se que derivasse a invalidade do *pséfisma* contrário aos *nómoi*.

Outro precedente citado por Cappelletti<sup>69</sup> decorre da concepção de direito e justiça vigente durante a Idade Média, ligados ao pensamento de Platão e Aristóteles e, sobretudo, ligados aos filósofos estóicos e a Cícero através da doutrina tomista. Nesta concepção, distinguam-se duas ordens de normas: a do *jus naturale*, norma superior e inderrogável, e a do *jus positum*, obrigada a não estar em contraste com a primeira. O ato administrativo ou a lei que estivesse em confronto com o direito natural deveria ser declarado nulo pelo juiz competente para aplicar o direito.

---

<sup>67</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 48-49.

<sup>68</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 49-50.

<sup>69</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 51-52.

A escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que vai, em linhas gerais, de Hugo Grotius<sup>70</sup> a Rousseau, se contrapunha à escola medieval, sobretudo por seu fundamento racionalista e imanentista, desvinculada dos pressupostos transcendentais e teológicos que caracterizavam o direito natural medieval. Mas também ela afirmava a existência de “direitos inatos”, intangíveis e irrenunciáveis, ou seja, pregava a existência de limites e de preceitos cogentes para o próprio legislador. Até mesmo John Locke, grande teórico do sistema constitucional nascido com a Revolução Inglesa de 1688, que pregava a absoluta supremacia do Parlamento sobre os outros poderes, admitia que o legislativo devesse encontrar limites no direito natural<sup>71</sup>.

Entretanto, esta distinção entre um direito natural e um direito positivo era muito mais um conflito filosófico e teórico do que prático. Tais corpos de normas provinham de ordens jurídicas diversas. O direito natural era destituído de sanções eficazes para e de institutos criados para impor sua observância. Por tais razões, não se sabe ao certo quantas vezes um juiz, posto diante de um conflito entre uma norma de direito natural, com frequência muito vaga, e uma norma de direito positivo, efetivamente pudesse ou soubesse, sem incorrer em responsabilidade ou arbítrio, não aplicar a segunda para aplicar, ao contrário, a primeira.<sup>72</sup>

A compenetração dos dois corpos de normas (direito natural e direito positivo) ou, em outras palavras, a positivação do direito natural ocorreu em tempos mais recentes. Um primeiro sintoma desta mudança pode ser encontrado durante o *ancien régime* na França, onde os *Parlements*, Cortes

---

<sup>70</sup> Hugo Grotius (1583-1645) foi um jurista holandês, considerado o fundador do direito internacional e com grande influência sobre o pensamento racionalista e iluminista do século XVII. Em 1599 foi nomeado para o Tribunal de Haia. Teólogo, poeta, dramaturgo e historiador, em 1625 escreveu *De Jure Belli ac Pacis* (Sobre o direito da guerra e da paz) sua obra mais importante. Foi embaixador da Suécia em Paris de 1634 até sua morte (cfe. MARCÍLIO, Maria Luiza. **Hugo Grotius - O Direito da Guerra e da Paz – 1625**, in Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

<sup>71</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 52-53.

<sup>72</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 53-54.

superiores de justiça, afirmavam o seu poder e dever de analisar a “constitucionalidade” dos decretos e leis promulgados pelo Soberano legislador.<sup>73</sup>

Mas o passo definitivo em direção à positivação do direito natural foi dado apenas com as Constituições rígidas, típicas do constitucionalismo moderno que se inicia com a Constituição dos Estados Unidos da América. Tais Constituições afirmaram como preceitos de direito constitucional positivo os princípios “naturais” e os “direitos inatos” e, por outro lado, ofereceram uma garantia efetiva de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos: uma garantia de não aplicação das leis que contrastassem com o preceito constitucional que contém uma espécie de “vontade permanente do povo”, enquanto nas leis ordinárias há apenas uma “vontade transitória e temporária”.<sup>74</sup>

O precedente apontado com sendo aquele que mais diretamente inspirou o sistema norte-americano da *judicial review* foi o episódio que envolveu Sir Edward Coke na Inglaterra. Defendia ele que a lei não poderia ser criada, mas somente declarada pela vontade do Soberano. Em síntese, a *commom law*<sup>75</sup> seria lei fundamental e prevalente em relação à *statutory law*<sup>76</sup>, podendo somente ser completada pelo legislador, mas não violada. E, segundo Edward Coke, quem deveria garantir a supremacia da *commom law* sobre os atos do soberano e do parlamento eram os juízes.<sup>77</sup>

A doutrina de Edward Coke predominou na Inglaterra e nas colônias inglesas da América por algumas décadas. Foi, porém, abandonada na Inglaterra com a revolução de 1688, que estabeleceu a doutrina, válida até hoje, da supremacia do Parlamento. Mas a tese de Edward Coke gerou frutos nas colônias norte-americanas, sendo o mais célebre o sistema da *judicial review of legislation*.

Foi, mais especificamente, com as grandes Revoluções Liberais, sobretudo a americana e a francesa, que se deu a eclosão da idéia da

---

<sup>73</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 54-56.

<sup>74</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 56.

<sup>75</sup> Tradução livre da autora: direito comum.

<sup>76</sup> Tradução livre da autora: direito legislado.

<sup>77</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 58-59.

supremacia da Constituição. Ela veio com a própria vigência da noção liberal/formal/escrita de Constituição. A Constituição é suprema porque nela se põem os fundamentos do Estado, com poderes e limites, e os do direito, com procedimentos e competências.<sup>78</sup>

No sentido de sua positivação, a idéia ganhou vigência, em primeiro lugar, na América do Norte. O artigo VI, cláusula 2, da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>79</sup> menciona o caráter supremo das normas constitucionais da União em termos taxativos.

Na França, a questão da supremacia da Constituição repercutiu com grande intensidade a partir do pensamento de Sieyès<sup>80</sup>. O raciocínio de Sieyès parte do princípio de que os órgãos do Estado (Poderes Constituídos) não podem interferir na Constituição (obra do Poder Constituinte).

Neste ponto firmou-se a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais e a necessidade de compatibilidade das primeiras com as segundas. Caso inexistente a compatibilidade, a lei ordinária se tornará inválida.

Cappelletti<sup>81</sup> aponta como primeiros precedentes nos Estados Unidos da América a mencionar a supremacia da Constituição sobre as demais leis os casos *Holmes contra Walton*, decidido em 1780 pela Suprema Corte de Nova Jersey e o caso *Commonwealth contra Caton*, decidido em 1782, pela Corte da Virgínia.

---

<sup>78</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. p. 127-128.

<sup>79</sup> *Article VI, Clause 2: "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding"* (The United States Constitution. Disponível em <<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>>. Acesso em 18 jan. 2012. Tradução livre da autora: "Esta Constituição, e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas em sua execução; e todos os tratados já celebrados, ou que se vierem a celebrar, sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a lei suprema do país; e os juízes de todos os Estados estarão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados".

<sup>80</sup> Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) foi um político, escritor e eclesiástico francês. Sua principal obra foi o panfleto "Qu'est-ce que le Tiers État?" (O que é o Terceiro Estado?, em tradução livre; ou "A Constituinte Burguesa", título da obra traduzida no Brasil), publicado às vésperas da Revolução Francesa. Nesta obra, Sieyès, com base na doutrina do contrato social, sustentou a existência de um poder originário de titularidade da nação, superior aos poderes ordinariamente constituídos e por eles imodificáveis: o Poder Constituinte. Além de defender a ascensão do Terceiro Estado (burguesia) ao poder político, a obra traçou as linhas mestras da Teoria do Poder Constituinte, de fundamental importância para o estudo da Teoria Constitucional.

<sup>81</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 62-63.

O julgado mais célebre, no entanto, foi aquele proferido por John Marshall no caso *Marbury contra Madison*, de 1803, que até hoje se mantém como uma das mais importantes decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, não só para o constitucionalismo norte-americano, mas para todo o constitucionalismo ocidental.

À época, John Marshall era Secretário de Estado do Presidente John Adams, ambos do Partido Federalista, derrotado por Thomas Jefferson nas eleições presidenciais. No intervalo entre o resultado do pleito e a posse dos novos governantes, Adams nomeou para cargos no Poder Judiciário seus aliados políticos. Um dos beneficiados foi Marshall, nomeado para Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) e empossado após a aprovação de seu nome pelo Senado, sem, contudo, abandonar o cargo de Secretário de Estado até o término do governo Adams.

Marshall ficou encarregado de entregar os títulos de nomeação aos demais beneficiários, mas não conseguiu completar sua missão. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz do Condado de Washington, Distrito de Columbia. Empossado o novo governo, o Presidente Jefferson determinou a James Madison, seu Secretário de Estado, que não entregasse o título a Marbury, por entender que a nomeação só se perfazia com a entrega do título ao nomeado.

William Marbury, então, ingressou com uma ação originária na Suprema Corte com base em um dispositivo da Lei do Judiciário (*Judiciary Act*) de 1789 que estabelecia que a Suprema Corte poderia emitir um mandado judicial para qualquer funcionário público federal, quando apropriado.

O então Juiz Presidente da Suprema Corte John Marshall passou ao largo do que seria uma evidente causa de suspeição, uma vez que tinha participado ativamente dos fatos que ensejaram a propositura da ação, e proferiu decisão (aprovada por unanimidade) afirmando que Marbury tinha direito a tomar posse no cargo e que Madison estava errado ao impedi-lo. Entretanto, a Corte também concluiu que o Congresso, ao pretender conferir à Suprema Corte o poder de emitir um mandado judicial em um caso como este, contrariou a



competência que o Artigo III da Constituição conferiu àquela Corte. Diante disso, a Suprema Corte não tinha autoridade para acolher o pedido de Marbury.<sup>82</sup>

Pela importância que o julgado tem para o constitucionalismo moderno e, em especial para a temática do controle judicial de constitucionalidade das leis, é importante transcrever clássico trecho do voto de John Marshall:

A vontade originária e suprema organiza o governo e assina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. E pode contentar-se com isso ou fixar certos limites para que não sejam ultrapassados por esses departamentos. Pertence à última classe o governo dos Estados Unidos. Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e, para que esses limites não se possam tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita. Para que fins os poderes são limitados e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, se a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles a quem se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma posição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários.

Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais documentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível.<sup>83</sup>

O voto do *Chief Justice* John Marshall reúne muitos méritos.

Primeiramente desponta a habilidade política do prolator, que afirmou o direito de William Marbury de tomar posse no cargo ao qual havia sido nomeado. Com esta

---

<sup>82</sup> FINE, Toni M. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. In TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 353.

<sup>83</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. p. 31-33.

afirmação conseguiu acalmar a opinião pública e firmar a opinião da Suprema Corte acerca da ilegalidade da conduta do Presidente e de seu Secretário de Estado. Por outro lado, com o reconhecimento da incompetência da Suprema Corte para decidir sobre a questão em razão da inexistência de dispositivo constitucional lhe conferindo tal poder, afastou um possível conflito com o Poder Executivo.

A decisão no caso *Marbury* contra *Madison* não ganhou tanta repercussão pelo ineditismo de sua fundamentação, pois a idéia-síntese da supremacia da Constituição já vinha sendo construída há muito tempo. O mérito da decisão reside no brilhantismo com o qual John Marshall expôs o seu raciocínio e acabou assentando algumas premissas que caracterizam o constitucionalismo norte-americano até os dias atuais.

Todavia, a decisão de John Marshall no caso *Marbury* contra *Madison* não ficou imune a críticas. Uma das mais contundentes atacava o fato de a decisão ter discutido o mérito da causa, embora dissesse ao final que a Corte não tinha competência para julgá-la. Assim, as palavras do Juiz Marshall se assemelhavam a uma mera opinião (*dictum*).<sup>84</sup>

O Presidente Jefferson teceu extensas críticas sobre o comportamento agressivo do Juiz Presidente Marshall em plenário, inclusive no caso *Marbury* contra *Madison*:

Essa atitude do Juiz Marshall, de sair de seu caso para prescrever o que a lei seria em um caso que não se encontra diante do tribunal, é muito irregular e muito censurável... A Corte (no caso *Marbury*) logo determinou que, por ser um processo original, eles não tinham competência para julgá-lo; e, portanto, a questão que se encontrava diante deles estava finalizada. Mas o Juiz Presidente continuou para estabelecer o que o direito deveria ser; se eles tivessem competência para deliberar sobre o caso... Além da impropriedade dessa interferência gratuita, poderia alguma coisa exceder a perversão do direito?... Mesmo assim, esse caso de *Marbury* e *Madison* é continuamente citado por juizes e advogados, como se fosse direito estabelecido, sem nenhuma advertência de que se trata de uma mera argumentação opinativa (*obiter*) do juiz Presidente.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> FINE, Toni M. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. p. 354.

<sup>85</sup> FINE, Toni M. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. p. 354-355.

A despeito das circunstâncias políticas em que foi proferida e das críticas que sofreu, é indiscutível que a decisão do caso Marbury contra Madison teve importância fundamental para a consolidação da ideia de supremacia da Constituição e para a construção do controle judicial de constitucionalidade das leis, tema que tratado no capítulo a seguir.

## **CAPÍTULO 2**

### **SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O presente capítulo será dedicado ao estudo do controle de constitucionalidade e das principais formas que este importantíssimo instrumento de defesa da Constituição tem assumido.

Inicialmente será abordada a origem do controle de constitucionalidade e os pressupostos necessários à sua existência. Será visto também que a atividade de fiscalização da constitucionalidade das leis, tradicionalmente, tem sido atribuída ao Poder Judiciário ou a outro órgão criado especificamente para essa tarefa, apartado da estrutura dos três Poderes do Estado.

Partindo da verificação do órgão encarregado da fiscalização da constitucionalidade, serão examinados os três principais sistemas existentes atualmente: a) o sistema difuso; b) o sistema concentrado; e c) o sistema de controle político (não-judicial) vigente na França.

Cabe mencionar que na abordagem do modelo concentrado, dada a grande quantidade de ordenamentos que o adotam, serão analisados mais detidamente os sistemas austríaco, alemão e italiano, pelo destaque que tiveram no desenvolvimento do referido modelo de controle de constitucionalidade.

Por fim, serão descritas as principais características dos sistemas difuso e concentrado, as razões do desenvolvimento de um e outro e as vantagens e desvantagens da adoção destes dois modelos.

#### **2.1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O controle de constitucionalidade é o principal instrumento de defesa ordinária<sup>86</sup> da Constituição. Parte ele de dois pressupostos: a

---

<sup>86</sup> Segundo Paulo Márcio Cruz, a proteção da Constituição é feita por meio de técnicas de defesa extraordinária, para fazer frente a perigos excepcionais, e através dos procedimentos de defesa ordinária, para combater as ameaças à Constituição em épocas de normalidade. A defesa ordinária da Constituição é efetuada através de mecanismos de controle constitucional da atuação dos poderes públicos e a defesa extraordinária da Constituição é realizada mediante a concessão

supremacia da Constituição perante os demais atos normativos estatais e a rigidez constitucional, também denominada supremacia formal da Constituição.

Conforme exposto no capítulo anterior, a ideia da existência de uma norma superior à qual as demais normas componentes de um sistema jurídico devam obediência não é uma criação moderna, podendo-se encontrar manifestações nesse sentido desde a antiguidade grega. Com o nascimento das modernas Constituições escritas a partir do século XVIII, a tese foi sendo moldada até se firmar como um dos princípios basilares do constitucionalismo contemporâneo.

A Constituição passa a ser entendida como o documento que funda a comunidade política, expressando os seus valores fundamentais e determinando como se dará sua organização. É a Constituição que legitima a atuação dos Poderes do Estado e que empresta fundamento de validade para os atos destes Poderes. Daí parte a ideia de que nenhum ato, seja do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, pode subsistir se estiver em confronto com a Constituição.

A rigidez constitucional é a característica que formaliza a superioridade hierárquica da Constituição em relação aos demais atos normativos emanados dos poderes do Estado. A rigidez estabelece que a Constituição somente possa ser modificada por um procedimento especial, mais dificultoso, que difere do procedimento para elaboração da legislação ordinária.

As soluções adotadas para garantir a adequação dos atos normativos aos preceitos constitucionais têm sido muito diversas. Em alguns ordenamentos, simplesmente não existe qualquer tipo de controle sobre os atos do Parlamento, por entender-se que este representa a vontade nacional e é o melhor juiz para saber se seus próprios atos estão ou não de acordo com a Constituição. Tal fórmula foi seguida pela maioria dos sistemas constitucionais até o início do século XX, mas atualmente encontra-se vigente em pouquíssimos Estados, como na Irlanda do Norte. Esta solução é, por outro lado, lógica naqueles ordenamentos desprovidos de um texto constitucional codificado e com valor de norma superior, como é o caso da Inglaterra.

Porém, em ordenamentos dotados de Constituição codificada e rígida, deixar a cargo do Poder Legislativo o controle da constitucionalidade dos seus próprios atos, na prática se aproximaria da ausência de controle. É difícil crer que o Parlamento, uma vez que haja aprovado uma lei, decida rever o seu ato sob a alegação de que seja inconstitucional. Não haveria qualquer imparcialidade neste procedimento e a tendência natural seria a manutenção da posição inicialmente tomada.

Por este motivo, a grande maioria dos ordenamentos constitucionais desenvolveu sistemas de controle da constitucionalidade das leis a ser exercido por órgão diferente do próprio Parlamento.

Alguns autores defenderam que o poder de controle fosse conferido ao Chefe de Estado. Foi esta a tese defendida por Benjamin Constant ao sugerir que o ofício ficasse a cargo do Poder Moderador, proposta que chegou a ser posta em prática no Brasil com a Constituição Imperial de 1824. E no Primeiro Pós-Guerra Carl Schmitt preconizou a atribuição ao Chefe do “Reich” da função de “guardião da Constituição”. Estas teses, especialmente a de Schmitt, sofreram duras críticas de Kelsen<sup>87</sup> como se percebe no seguinte trecho:

Quando portanto os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim chamado princípio monárquico, defendiam a tese de que o natural guardião da Constituição seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, uma das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procurava mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional.

Na maior parte dos Estados Constitucionais Contemporâneos, para garantir que o trabalho do(s) órgão(s) controlador(es) responda a critérios eminentemente jurídicos e não a posições ideológico-partidárias ou de oportunidade política, esta função foi conferida a órgãos jurisdicionais ou a órgãos autônomos desvinculados da estrutura dos três clássicos Poderes do Estado.

---

<sup>87</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240. Títulos originais: *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates et al.*

Atualmente, podem-se apontar três grandes sistemas de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos: a) o sistema difuso, também denominado sistema norte-americano de controle de constitucionalidade; b) o sistema concentrado, também chamado sistema austríaco ou europeu de controle de constitucionalidade; e c) o sistema de controle político (não-jurisdicional) adotado na França.

Nos tópicos seguintes serão expostas as principais características de cada um destes sistemas ou modelos de controle de constitucionalidade, sem pretensão de esgotar o tema, que é passível de ser tratado de várias formas e tendo em vista diversos referentes de pesquisa. O referente aqui utilizado é o que serve a todo o trabalho, ou seja, estabelecer bases para a discussão sobre o controle difuso no Brasil.

## 2.2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema difuso foi a primeira modalidade de controle de constitucionalidade desenvolvida no âmbito do constitucionalismo moderno. Desenvolveu-se ele nos Estados Unidos da América com base em precedentes históricos desenvolvidos desde os séculos XVII e XVIII.

Durante a época colonial havia um órgão denominado *Privy Council* encarregado de fiscalizar os atos das colônias e assegurar sua conformidade com as determinações da Constituição outorgada pelo Império Inglês ou a Carta da colônia em questão. A instituição chegou a anular mais de seiscentas leis coloniais entre os anos de 1696 e 1792.<sup>88</sup>

Outro precedente muito importante foi a sentença proferida no célebre *Bonham's Case* por Sir Edward Coke na Inglaterra, em 1610. A doutrina desenvolvida por Edward Coke não foi a predominante na Inglaterra, mas exerceu profunda influência no constitucionalismo norte-americano.

Nesta decisão, Coke afirmou que:

*It appears in our books that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be*

---

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 334.

*utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void.*<sup>89</sup>

O tema também foi bastante discutido nos debates ocorridos durante a Convenção de 1787<sup>90</sup>, especificamente nos escritos de Alexander Hamilton, no capítulo n. LXXVIII de “O Federalista”, em que sustentou a idéia de que a Constituição deve ser vista como lei fundamental, cabendo aos juízes proclamar a nulidade das leis ordinárias a ela contrárias, conforme se depreende do seguinte trecho:

Todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos da comissão, é nulo. Este princípio é indubitável; e, portanto, todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isto seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados tanta autoridade têm para o que estes poderes autorizam como para o que eles proíbem.

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpreta fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição

---

<sup>89</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 59. Tradução livre da autora: “Aparece em nossos livros que em muitos casos, o direito comum vai controlar atos do parlamento, e às vezes julga-os absolutamente nulos: quando um ato do Parlamento é contra o direito e o senso comum, ou repugnante, ou impossível de ser executado, o direito comum vai controlá-lo e declara-lo nulo”.

<sup>90</sup> Convenção ocorrida na Cidade da Filadélfia em maio de 1787 com o objetivo de que os Estados membros procedessem à revisão dos Artigos de Confederação. Na oportunidade, apresentou-se uma corrente (os federalistas) que propunha a conversão da Confederação em Federação, mediante a aprovação de uma Constituição comum a todos os Estados. Essa corrente saiu vitoriosa e em setembro de 1787 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 216-217).



deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.<sup>91</sup>

Ademais, há registros históricos de que antes mesmo da decisão proferida no caso *Marbury* contra *Madison*, em 1803, algumas cortes estaduais e a própria Suprema Corte já haviam afirmado o poder judicial de declarar atos do Congresso incompatíveis com a Constituição e, portanto, inválidos. Fine<sup>92</sup> destaca dois casos de 1796 em que a Suprema Corte manifestou-se neste sentido:

A decisão da Suprema Corte em *Hylton v. United States* foi chamada “o primeiro desafio bem definido da constitucionalidade de um Ato do Congresso a aparecer perante a Corte”. Em *Hylton*, estava em questão se um tributo sobre transportes individuais imposto por um ato do Congresso era constitucional. A Suprema Corte manteve o ato do Congresso, sugerindo o seu poder de rever leis quanto à sua consistência com a Constituição.

A Suprema Corte em *Ware v. Hylton* exerceu uma espécie de controle de constitucionalidade de uma lei estadual. A Corte sustentou que uma lei editada pelo estado da Virgínia era inconsistente com o Tratado de Paris e, portanto, invalidou a lei estadual, com base na cláusula de Supremacia da Constituição dos EUA.

Mas foi o já comentado voto de John Marshall no caso *Marbury* contra *Madison* que solidificou o poder judicial de controlar a constitucionalidade de atos normativos como um elemento essencial do Direito Constitucional norte-americano.

Também a decisão proferida no caso *Little* contra *Barreme* (conhecido como caso *Flying Fish*), de 1804, teve papel relevante na consolidação do sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos ao assentar a autoridade da Suprema Corte para rever tanto atos do Poder Legislativo como do Poder Executivo.<sup>93</sup>

Estes casos serviram para consolidar a tese da supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos e a necessidade de preservar os

---

<sup>91</sup> HAMILTON, Alexander. Capítulo LXXVIII – Da inamovibilidade do Poder Judiciário *In* HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. Coleção Os Pensadores XXIX. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.168-169. Título original: The federalist.

<sup>92</sup> FINE, Toni M. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. p. 351-352.

<sup>93</sup> FINE, Toni M. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. p. 355.

preceitos contidos na Constituição, representativos dos valores sobre os quais se assenta a sociedade estadunidense, em face de maiorias parlamentares eventuais.

Estavam nas bases desta doutrina as teorias de Rousseau sobre a soberania da nação, a teoria de Sieyès sobre os poderes constituintes e os poderes constituídos e a teoria de John Locke sobre a existência de direitos inerentes à condição humana que não poderiam ser violados nem mesmo pela vontade da maioria representada pelo Parlamento.

Conforme aponta Cappelletti<sup>94</sup>, o raciocínio que está na base do sistema difuso, ou norte-americano de constitucionalidade é simples e logicamente irrepreensível:

A função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento;

Uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;

Tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios “lex posterior derogat legi priori”, “lex specialis derogat legi generali”, etc.;

Mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério “lex superior derogat legi inferiori” – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante [...].

Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja “relevante” uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda.

Do ponto de vista dogmático, o caso *Marbury* contra *Madison* também fixou algumas premissas acerca do controle de constitucionalidade que passariam a ser copiadas por outros sistemas constitucionais e que somente no século XX, com Hans Kelsen, passariam a ser seriamente questionadas.

---

<sup>94</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 75-76.

Segundo Binenbojm<sup>95</sup>, ao expor suas razões no caso *Marbury contra Madison*, Marshall enunciou os três grandes fundamentos teóricos do controle de constitucionalidade:

Em primeiro lugar, a Constituição escrita é vista como lei fundamental, expressão da vontade originária do povo (soberania popular) que institui e, ao mesmo tempo, delimita os poderes do Estado (governo limitado). Reafirma-se, assim, o princípio da supremacia constitucional, segundo o qual nenhum ato do governo ou da legislatura pode subsistir validamente se incompatível com a Constituição.

Em segundo lugar, reconhece-se a todo e qualquer juiz ou tribunal, chamado a decidir uma demanda, a possibilidade de deixar de aplicar uma norma da legislação ordinária, pertinente ao caso, quando esta se revelar contrária ao texto constitucional. A harmonia do sistema judicial é assegurada pela força vinculante dos precedentes judiciais (*stare decisis*), tão cara ao sistema jurídico da *common law*. Deste modo, a decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento de um caso concreto acabará por gerar um efeito regulador sobre todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

Em terceiro lugar, a lei inconstitucional, porque contrária a uma lei superior, é considerada nula, isto é, inválida desde o seu nascedouro, cabendo ao Judiciário, apenas, declarar tal nulidade. A decisão judicial cinge-se a reconhecer uma situação preexistente, operando, portanto, efeitos retroativos (*ex tunc*). Daí decorre como corolário lógico, a invalidade de todos os direitos e obrigações constituídos sob a égide da lei incompatível com a Constituição, tradição que só viria a ser contestada anos mais tarde pelo gênio de Hans Kelsen.

Com efeito, no sistema difuso de matriz estadunidense, qualquer juiz, em um caso concreto posto à sua análise, ao se deparar com um ato normativo infraconstitucional relevante para solução da causa que repute contrário aos preceitos da Constituição, pode/deve deixar de aplicá-lo.

Nesse sistema, o controle de constitucionalidade é feito exclusivamente pela via incidental e só pode ser exercido quando a questão constitucional seja importante para a solução de “casos e controvérsias”. Esta necessidade é denominada “exigência de justiciabilidade” e constitui um dos

---

<sup>95</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. p. 34-35.

principais limites impostos ao exercício do controle de constitucionalidade, conforme lição de Fine<sup>96</sup>:

O mais importante dos limites que se colocam sobre o exercício do controle judicial de constitucionalidade é a exigência constitucional de que os tribunais federais somente recebam “casos” e “controvérsias”. Pela interpretação dos tribunais, a exigência denominada “caso e controvérsia” significa que os tribunais federais não darão pareceres opinativos, mas limitarão seu controle a casos que apresentem disputas reais a respeito de qual das partes tem um interesse direto, pessoal e legalmente assegurado. O dano sobre o qual se reclama não pode ser especulativo ou hipotético, deve ser real e concreto.

Justamente por ser proferida em processos de índole subjetiva, quando o que está em jogo são unicamente os interesses das partes, a decisão de inconstitucionalidade tem seus efeitos limitados às partes do processo (eficácia *inter partes*).

Mas, sendo a Suprema Corte a última instância recursal do sistema judiciário federal norte-americano<sup>97</sup>, o caso em que houve declaração de inconstitucionalidade, por sucessivas impugnações, pode chegar àquela Corte Suprema. Se esta vier a confirmar a decisão de inconstitucionalidade, por conta da doutrina do *stare decisis*, o precedente acaba se tornando vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário o que, na prática, se aproxima da eficácia *erga omnes*.

Outra característica marcante do sistema norte-americano é o entendimento de que a lei inconstitucional, por ser contrária a uma norma superior, é considerada nula de pleno direito. A tese já vinha proclamada por Hamilton no capítulo LXXVIII do Federalista e foi acolhida, nos seguintes termos, por John Marshall em *Marbury contra Madison*: “Assim, a particular linguagem da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula”.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> FINE, Toni M. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. p. 363.

<sup>97</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos é composta por nove juizes nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado. O Presidente da Corte é nomeado pelo Presidente da República. Os cargos são vitalícios.

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15-16.

A lógica do raciocínio é indiscutível. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger determinada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso equivale à negativa de vigência da Constituição naquele período.<sup>99</sup>

Decorrencia da teoria da nulidade da norma inconstitucional é que a decisão que a acolhe tem natureza declaratória, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, atingindo a lei desde sua entrada em vigor. Assim, não se admitem efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas com base nela constituídas voltar ao *status quo ante*. Na prática, porém, esta regra tem sofrido atenuações quando os atos praticados com base na norma declarada inconstitucional forem irreversíveis ou quando o interesse público exigir, mas são situações excepcionais.

A tese de que a norma inconstitucional é nula prevaleceu nos Estados Unidos, embora tenha sofrido algumas atenuações a partir dos anos 60 do século passado. Foi acolhida, também, em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Alemanha, Itália, Brasil, entre outros. Somente na Áustria, fiel à doutrina de Kelsen, prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é meramente anulável.

Na prática, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem sido bem contida no exercício do controle de constitucionalidade. Depois do caso *Marbury contra Madison*, demorou cinquenta e quatro anos para declarar outra lei federal inconstitucional, no caso *Dred Scott contra Sandford*, de 1857. Mesmo atualmente continua sendo bastante moderada em sua atuação.

O sistema norte-americano da *judicial review of legislation* se consolidou na prática jurídica daquele país e foi transportado para muitas das ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália, a Índia. Também o Japão adotou sistema semelhante na Constituição de 1947. Além destes, também alguns países europeus inspiraram-se no modelo norte-americano para desenvolver seus

---

<sup>99</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-18.

sistemas de controle de constitucionalidade, como a Suíça (com relação às leis cantonais), a Noruega, a Dinamarca, a Suécia, a Alemanha na época da Constituição de Weimar e a Itália no período entre 1948 e 1956 (da entrada em vigor da Constituição Italiana até o início do funcionamento da Corte Constitucional).<sup>100</sup>

Mas a simples transposição do sistema norte-americano do *judicial review of legislation* se revelaria bastante conflituosa nos países de tradição jurídica romano-germânica. Isto porque nestes Estados não vigora a tradição do *stare decisis*<sup>101</sup>, ou seja, a tendência de as instâncias inferiores respeitarem as decisões das instâncias superiores, principalmente da Suprema Corte. Nesses países, a possibilidade de qualquer juiz deixar de aplicar uma lei ao caso concreto posto à sua análise por entendê-la inconstitucional geraria uma grande insegurança jurídica, pois o jurisdicionado que propusesse demanda semelhante perante outro juiz poderia obter tutela diferenciada se este último reputasse a mesma lei compatível com a Constituição, já que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade limitar-se-ia ao caso em que foi proferida.

Ademais, considerando que a análise da constitucionalidade dos atos normativos só pode ser realizada em concreto e desde que o ato impugnado seja relevante para o deslinde da causa, pode-se pensar em uma série de atos normativos que raramente terão sua constitucionalidade questionada porque pouco propensos a ser invocados em uma lide concreta.

Tendo em vista esses problemas, dentre outros que serão adiante mencionados, desenvolveu-se na Áustria, por obra de Hans Kelsen, uma nova teoria acerca do controle de constitucionalidade das leis, contraposta ao sistema norte-americano e direcionada aos países de tradição jurídica romano-germânica.

---

<sup>100</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 68-72.

<sup>101</sup> Segundo Toni M. Fine, "A doutrina do *stare decisis* e o respeito ao precedente que essa representa têm um impacto restritivo sobre o controle judicial de constitucionalidade. Sob esse princípio, os tribunais nos Estados Unidos têm a tendência de seguir as decisões anteriormente adotadas pelos tribunais de sua jurisdição e que se situem em um nível superior de tribunal ou (em algumas situações) no mesmo nível. Embora a Suprema Corte tenha relembrado que o *stare decisis* é uma política flexível e não um 'comando inexorável', ele apresenta uma influência moderadora sobre a Suprema Corte e impede que esta supere os seus próprios precedentes sem que tenha um bom motivo para fazê-lo" (**O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. p. 367).

## 2.3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

As origens do controle concentrado de constitucionalidade remontam às teses de Hans Kelsen que culminaram com a elaboração da Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920. Por tal razão, o sistema concentrado também pode ser denominado sistema austríaco, ou em decorrência da sua ampla receptividade nos países da Europa continental, sistema europeu de controle de constitucionalidade.

Kelsen<sup>102</sup> defendia que a competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis e demais atos normativos deveria ser atribuída exclusivamente a tribunal *ad hoc*, separado da estrutura ordinária do Poder Judiciário. Entendia também que as Cortes Constitucionais não deviam ser compostas por juízes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo do político, pois o controle de constitucionalidade não seria exatamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional que mais se assemelharia a uma atividade legislativa negativa.

Além da atribuição do ofício de controlar a constitucionalidade das leis a um único órgão separado da estrutura ordinária do Judiciário, um dos pontos em que teoria kelseniana difere substancialmente da *judicial review* norte-americana é quanto à natureza da decisão de inconstitucionalidade.

A lei supostamente inconstitucional deveria ser considerada válida e aplicada por todos os órgãos jurisdicionais até que a Corte Constitucional decidisse pela sua inconstitucionalidade. Entendia Kelsen<sup>103</sup> que a anulação da lei inconstitucional equivaleria a uma forma especial de revogação com procedimento previsto na Constituição. E a inconstitucionalidade seria o pressuposto para aplicação da sanção equivalente à revogação. A decisão de inconstitucionalidade, portanto, teria natureza constitutiva negativa e operaria efeitos *ex nunc*.

A Constituição austríaca de 1920 instituiu uma Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* – composta por um Presidente, um

---

<sup>102</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 287-292. Título original: *Reine rechtslehre*.

<sup>103</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 287-293.

Vice-Presidente, 12 membros titulares e 6 suplentes. O Presidente, o Vice-Presidente, 6 membros titulares e 3 suplentes são nomeados pelo Presidente da República e escolhidos entre magistrados, funcionários administrativos e professores catedráticos das Faculdades de Direito e de Ciências Políticas. Os demais 6 membros titulares e 3 suplentes são nomeados pelo Presidente da República mediante proposta do Conselho Nacional para três titulares e um suplente. Três dos membros titulares e dois dos suplentes devem ter residência fora de Viena. A Constituição ainda prevê afastamento compulsório dos membros da Corte Constitucional aos 70 anos.<sup>104</sup>

A Constituição conferiu com exclusividade à Corte Constitucional o ofício do controle de constitucionalidade e estabeleceu que os juízes das instâncias ordinárias do Poder Judiciário não podem deixar de aplicar uma lei ao caso concreto posto à sua análise por reputá-la inconstitucional. Tampouco podem provocar a Corte Constitucional para que se manifestasse sobre a constitucionalidade de determinada lei.

A instauração do controle de constitucionalidade somente pode ser feita pela via principal, ou seja, por meio de uma ação especialmente proposta para esse fim. Na redação original da Constituição a legitimação para a propositura desta ação era restrita a alguns poucos órgãos políticos indicados na Constituição: o Governo Federal quando se tratava de pedir a análise da constitucionalidade de leis dos *Länder* e os Governos dos *Länder* para o controle de leis federais. Nenhum limite de tempo era imposto aos legitimados para o exercício do direito de ação.<sup>105</sup>

Com a Revisão Constitucional de 1929, o sistema austríaco foi parcialmente alterado para admitir que os órgãos jurisdicionais de segunda instância, em especial a Corte Suprema para causas cíveis e penais – o *Oberster Gerichtshof* – e a Corte Suprema para as causas administrativas – o *Verwaltungsgerichtshof* – pudessem instaurar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Constitucional, ficando o processo suspenso até a decisão da mesma. Foi agregada, assim, a possibilidade de controle concreto incidental.

---

<sup>104</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 360.

<sup>105</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 104-105.



Segundo Cappelletti<sup>106</sup>, a reforma de 1929 atenuou consideravelmente o grave defeito do originário sistema austríaco de controle de constitucionalidade consistente na excessiva limitação dos sujeitos legitimados a instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional. Ressalta, porém, que o defeito foi abrandado, mas não totalmente abolido, pois à exceção dos tribunais superiores, todos os demais juízes continuaram obrigados a aplicar as leis vigentes aos casos concretos submetidos a seu julgamento mesmo quando as considerassem inconstitucionais. Esta restrição ainda gera o sério inconveniente de que somente na fase final do processo estaria autorizada a não aplicação de uma lei que, ainda que manifestamente inconstitucional, necessariamente teve que ser aplicada pelos juízes das instâncias inferiores.

Outros países que se inspiraram no modelo austríaco para desenvolver seus sistemas de controle de constitucionalidade foram Alemanha, Itália, Espanha, Turquia, Chipre, Grécia e mais recentemente a Bélgica.<sup>107</sup>

A Constituição Italiana de 1948 e a Constituição Alemã de 1949 também conferiram exclusivamente a uma Corte Constitucional a tarefa de verificar a compatibilidade dos atos normativos com a Constituição.

A Constituição da Alemanha, também denominada Lei Fundamental de Bonn, previu a criação de um órgão jurisdicional – o *Bundesverfassungsgericht* – e a ele conferiu, com exclusividade, o controle de constitucionalidade das leis e demais os atos normativos. O tribunal, criado em 1951, é composto por dois Senados, sendo cada um deles composto por oito juízes eleitos pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). Os dois Senados se encontram no mesmo plano hierárquico e possuem competências distintas previstas na Lei do *Bundesverfassungsgericht*. Três membros de cada Senado são escolhidos dentre juízes que integram outros Tribunais Federais.

Os juízes do *Bundesverfassungsgericht* devem ter no mínimo quarenta anos de idade e devem preencher os requisitos exigidos para o exercício da carreira de juiz. Os juízes do Tribunal Constitucional são eleitos para

---

<sup>106</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 108.

<sup>107</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 69.

um mandato de 12 anos ou até atingirem 68 anos, idade em que ocorre a aposentadoria compulsória. A reeleição é expressamente vedada.<sup>108</sup>

O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional são eleitos, alternadamente, pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat*. O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal não podem pertencer ao mesmo Senado, sendo que o Presidente do tribunal será o Presidente de um Senado e o Vice do outro.<sup>109</sup>

O controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Alemão pode ser instaurado por via principal ou incidental. No primeiro caso, a constitucionalidade do ato normativo é analisada em abstrato, independente de qualquer caso concreto. Na segunda hipótese, o tribunal Constitucional verifica a compatibilidade com a Constituição de uma lei aplicável a um caso concreto submetido às instâncias judiciais ordinárias.

São legitimados para instaurar o controle abstrato o Governo Federal, os Governos Estaduais ou um terço dos membros do Parlamento Federal. No controle concreto, os tribunais, se considerarem inconstitucional lei relevante para a decisão do caso concreto, devem suspender o processo e submeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional.

Importante, ainda, mencionar a competência do Tribunal Constitucional alemão para apreciar o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), instrumento por meio do qual o cidadão pode pleitear a preservação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.<sup>110</sup>

As decisões do *Bundesverfassungsgericht* são vinculantes para todos os órgãos da Federação e dos Estados, bem como para todos os tribunais.

Também a Constituição Italiana de 1948 estabeleceu a “concentração” do exercício do controle de constitucionalidade em uma Corte Constitucional, que somente foi criada em 1956. No período compreendido entre a promulgação da Constituição e o início do funcionamento da Corte Constitucional, a fiscalização da constitucionalidade foi exercida de forma difusa pela magistratura ordinária.

---

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-6.

<sup>109</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 357.

<sup>110</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 358.

A Corte Constitucional italiana é composta por quinze juízes, sendo um terço dos juízes nomeados pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão conjunta entre as Casas e um terço pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas. Os juízes da Corte Constitucional italiana são escolhidos entre magistrados, mesmo aposentados, das jurisdições superiores ordinárias e administrativas, professores titulares de universidades em matérias jurídicas e advogados com pelo menos vinte anos de atividade profissional. O mandato é de nove anos, vedada a recondução. O Tribunal elege entre os seus membros, o Presidente, cujo mandato é de três anos com possibilidade de reeleição.<sup>111</sup>

No controle abstrato, a legitimação para a propositura da ação de inconstitucionalidade é conferida aos órgãos dos Governos das Regiões (Juntas Regionais), com relação a leis nacionais ou regionais que uma Região repute violadora da sua esfera de competência estabelecida na Constituição, e ao Governo Central no caso de inconstitucionalidade de leis regionais. Não existe na Itália instrumento de acesso direto do cidadão à Corte Constitucional.

Pela via incidental, as partes ou o juiz, de ofício, podem suscitar, por meio de exceção, a ilegitimidade constitucional de ato normativo, indicando o ato impugnado e o parâmetro da suposta inconstitucionalidade. O juiz *a quo* deve manifestar-se sobre a relevância da questão suscitada e emitir juízo sobre a não manifesta ausência de fundamento da questão. Realizado esse juízo prévio o processo deve ser suspenso e encaminhado à Corte Constitucional para que esta decida, com força vinculatória, sobre a questão constitucional.<sup>112</sup>

Importante notar que os sistemas alemão e italiano, a despeito da clara inspiração no modelo austríaco, não recepcionaram a tese kelseniana da mera anulabilidade do ato normativo inconstitucional. Na Itália e na Alemanha (e na grande maioria dos países europeus) entende-se que a inconstitucionalidade é causa de nulidade absoluta do ato normativo, pelo que o Tribunal Constitucional apenas declara a nulidade preexistente com eficácia, em regra, retroativa (*ex tunc*).

---

<sup>111</sup> CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 132-135.

<sup>112</sup> CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. p. 174.

A França, por sua vez, mostrou-se historicamente contrária a um controle judicial dos atos do Parlamento. Tal se deve principalmente por razões históricas e ideológicas que serão melhor expostas no sub-capítulo seguinte.

Por ora, cabe mencionar que na França, sempre que se quis introduzir um controle de legitimidade dos atos normativos ordinários com relação à Constituição este foi confiado a órgãos não jurisdicionais. Foi o que ocorreu com a Constituição de 1799, que conferia atribuída o controle a um *Sénat Conservateur*; a Constituição de 1852, que confiava o controle ao *Sénat*; e a Constituição de 1946, que atribuída ao *Comité Constitutionnel* um limitado controle preventivo da legitimidade constitucional das leis.<sup>113</sup>

A vigente Constituição de 1958 confiou ao *Conseil Constitutionnel* a atribuição de controlar a constitucionalidade das leis e dos regulamentos das duas Câmaras do Parlamento, bem como das obrigações internacionais.

O Conselho Constitucional é composto por nove membros, com mandato de nove anos, vedada a recondução. Três membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove membros mencionados, também os antigos Presidentes da República fazem parte do Conselho a título vitalício. O Presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República.

Lucio Pegoraro<sup>114</sup> menciona que a doutrina é unânime em apontar a necessidade de reforma da Constituição para excluir os ex-Presidentes da República da composição do Conselho Constitucional, que deveria passar a ser composto apenas por membros nomeados.

O controle de constitucionalidade francês é sempre preventivo. Estabelece a Constituição que as leis orgânicas, antes da promulgação, e os regimentos das duas Câmaras do Parlamento, antes do início da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional para que este se pronuncie sobre sua conformidade com a Constituição. Podem também as

---

<sup>113</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 95-96.

<sup>114</sup> PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 20-21.

demais leis, antes da promulgação, ser entregues para aferição de constitucionalidade ao Conselho pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, Pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

Os preceitos declarados inconstitucionais pelo Conselho não podem ser promulgados nem aplicados. As decisões do Conselho não admitem recurso e são obrigatórias para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Após a entrada em vigor de uma norma, nenhum juiz ou tribunal, ou mesmo o Conselho Constitucional, pode aceitar discussão sobre a sua constitucionalidade.<sup>115</sup>

Por fim, necessário mencionar que tradicionalmente o sistema francês de controle de constitucionalidade tem sido qualificado como um modelo de controle político, e não jurisdicional. Segundo Lenio Streck<sup>116</sup>, os que defendem esta tese o fazem com base na competência do Conselho Constitucional, que seria preponderantemente política, e a sua composição através da nomeação dos membros por atores políticos (Presidente da República, Presidente da Assembleia Nacional e Presidente do Senado). Outra corrente, que tem se destacado no estudo da temática, defende que no exercício do controle de constitucionalidade o Conselho se comporta como verdadeiro órgão jurisdicional, uma vez que suas decisões são fundadas em argumentos de direito e não de equidade, e são dotadas da autoridade da coisa julgada.

Na opinião de Pegoraro<sup>117</sup>, o Conselho Constitucional francês tem adquirido cada vez mais feições de órgão jurisdicional, principalmente a partir de uma decisão proferida pelo órgão no ano de 1971 que incorporou ao bloco de constitucionalidade (conjunto das normas que constituem parâmetro para fiscalização de constitucionalidade) o preâmbulo da Constituição, que faz referência à Declaração de 1789, ao preâmbulo da Constituição de 1946 e aos princípios fundamentais da República. Assim, de mero controlador das esferas de competência delineadas na Constituição, o Conselho transformou-se em juiz pleno da constitucionalidade da lei contra a violação dos direitos e da liberdade.

---

<sup>115</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 352.

<sup>116</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 350-351.

<sup>117</sup> PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata**. p. 22.

Ainda segundo Pegoraro<sup>118</sup>:

Dal canto suo, Il Conseil non esitò a dotarsi di un'ampia gamma di strumenti processuali e sostanziali (tra i quali marcato rilievo assume a dilatazione della tipologia delle pronunce), al punto che si parlò di "spectaculaire augmentation" dei medesimi, maturando altresì lo stile delle sentenze, fornite oggi di motivazioni non meno articolate e complesse di quelle elaborate dalle corti di altri Paesi.<sup>119</sup>

Na verdade, os principais aspectos que distanciam o controle de constitucionalidade exercido na França do controle exercido na Alemanha e na Itália é o fato de aquele ser exclusivamente preventivo e de não ser necessariamente composto por um número mínimo de membros oriundos do Poder Judiciário. Por conta destes fatores, o controle de constitucionalidade na França continua sendo qualificado como político ou não-judicial.

A seguir será exposta uma síntese dos sistemas de controle de constitucionalidade analisados, os motivos que determinaram a criação de modelos distintos e as vantagens e desvantagens da adoção dos referidos modelos.

## 2.4 SÍNTESE CONCLUSIVA SOBRE OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A despeito das peculiaridades existentes em cada ordem constitucional, é possível apontar as principais diferenças entre os sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade: a) no primeiro, o ofício de fiscalização é atribuído a todos os juízes e no segundo concentra-se em único órgão destacado da estrutura ordinária do Poder Judiciário; b) no sistema difuso a fiscalização é realizada apenas incidentalmente, já no sistema concentrado ela pode ser realizada pela via principal e pela via incidental; c) com exceção do sistema austríaco, que se mantém fiel à teoria de Kelsen, em ambos os sistemas a

<sup>118</sup> PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata**. p. 23.

<sup>119</sup> Tradução livre da autora: "Por seu turno, o Conselho não hesitou em adotar uma ampla gama de instrumentos materiais e processuais (entre os quais se destaca a ampliação dos tipos de decisões), a tal ponto que se falou do "aumento espetacular" dos mesmos, amadurecendo o estilo das decisões, que hoje apresentam fundamentações não menos articuladas e complexas do que as elaboradas pelos tribunais de outros países".

inconstitucionalidade é considerada causa de nulidade absoluta do ato normativo e, portanto, a decisão de inconstitucionalidade tem natureza declaratória e opera, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*); d) no sistema difuso a declaração de inconstitucionalidade, em regra, atinge apenas as partes do processo (*eficácia inter partes*), já no sistema concentrado a decisão vincula todos os órgãos judiciários e a administração pública (*eficácia erga omnes* e vinculante).

O modelo difuso, ou norte-americano, foi o primeiro sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido sob as bases do constitucionalismo moderno. Parte ele da ideia de que a tarefa dos juízes é interpretar as leis e aplicá-las aos casos concretos postos à sua análise. Em caso de conflito entre um ato normativo infraconstitucional e uma norma constitucional, devem aplicar a segunda, que é a Lei Fundamental do Estado e, conseqüentemente, hierarquicamente superior à demais.

Apesar da lógica inquestionável do raciocínio em que se baseia o sistema norte-americano, na Europa continental desenvolveu-se um sistema diferenciado de controle de constitucionalidade. Pode-se dizer que as razões para essa inovação são de ordem prática, política e histórica.

Do ponto de vista prático o modelo norte-americano era de difícil aplicação nos ordenamentos europeus, e a experiência pouco produtiva de alguns países com o controle difuso, a exemplo da Itália no período entre a entrada em vigor da Constituição de 1948 e o efetivo início das atividades da Corte Constitucional em 1956, confirmaram essa dificuldade. Isto se deve, em grande parte, às diferentes tradições jurídicas às quais se filiam os Estados Unidos da América e os países da Europa continental.

Os Estados Unidos, por influência da colonização inglesa, filiam-se à tradição jurídica da *common law*. Tradicionalmente, nesse sistema, a jurisprudência constitui importantíssima fonte do direito (apesar do crescente número de áreas do direito regidas por leis). Os precedentes judiciais são tão importantes que algumas disciplinas são estudadas nas universidades apenas pela análise sistemática dos julgados mais importantes sobre aquela matéria.

Para garantir a harmonia do sistema, tem-se no direito norte-americano a doutrina do *stare decisis*, por força da qual os órgãos jurisdicionais

têm a tendência de seguir as decisões anteriormente adotadas pelos tribunais de sua jurisdição e, principalmente, da Suprema Corte. Conforme elucida Posner<sup>120</sup>:

Por ser hierárquico em cada jurisdição, o judiciário tem o poder de alterar abruptamente o direito da jurisdição. O fato de o judiciário raramente exercer o poder e, portanto, de provavelmente não possuí-lo *de fato*, devido às limitações impostas aos juízes – não faz das conseqüências jurídicas o resultado de um processo lógico. Esses resultados podem ser previsíveis por conta da conhecida tendência dos juízes a manter-se fiéis às regras existentes – a tendência à qual se dá o nome de *stare decisis*

Como no sistema norte-americano a todos os juízes é conferido o poder controlar a constitucionalidade dos atos normativos, o princípio do *stare decisis* evita que cada juiz emita um juízo diferente a respeito da constitucionalidade de determinado preceito, pois as soluções tendem a ser coerentes e baseadas nos precedentes relacionados à questão. E mais, a partir do momento em que a Suprema Corte se manifesta pela inconstitucionalidade de determinado ato normativo, por conta da doutrina do *stare decisis*, a decisão deve ser respeitada por todos os órgãos judiciários e administrativos e o ato declarado inconstitucional acaba se tornando “uma lei morta”.

Nos ordenamentos de tradição romano-germânica, a principal fonte do direito é a lei. O que confere segurança ao sistema é a vinculação dos juízes à lei. Nesses ordenamentos jurídicos, ao se conferir a todos os juízes o poder de controle da constitucionalidade dos atos normativos, em regra, não haveria instrumento que garantisse um mínimo de coerência entre as decisões dos vários magistrados, situação que geraria grave insegurança jurídica. Esse foi dos “defeitos” do sistema norte-americano apontado por Kelsen<sup>121</sup>:

A desvantagem dessa solução consiste no fato de os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a

---

<sup>120</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 69. Título original: The problems of jurisprudence.

<sup>121</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. p. 303.



Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.

Mas existem outras razões, possivelmente mais fortes, para a não adoção do sistema difuso nos países europeus. Conforme pontua Lenio Streck<sup>122</sup>, não é suficiente a justificativa de que os países da Europa continental optaram por tribunais *ad hoc* por não existir, no modelo romano-germânico, a figura do *stare decisis*, apto a conceder efeito *erga omnes* às decisões. É razoável sustentar que a razão da exclusão do juiz ordinário do controle da constitucionalidade baseia-se muito mais em motivações de ordem política, que remetem à Revolução Francesa, e em especial à discussão acerca da noção de soberania popular.

Com efeito, Rousseau identificava a soberania estatal com a vontade geral, representada pelo Poder Legislativo. Na concepção francesa pós Revolução Francesa, o Parlamento passou a ser visto como uma força política originada diretamente da soberania popular e as leis representavam importantíssimo instrumento democrático.

Já na concepção norte-americana, inspirada na doutrina de John Locke, a Constituição é vista como a fonte originária do direito, derivada do reconhecimento institucional dos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido expõe Mônia Clarissa Henning Leal<sup>123</sup>:

[...] pode-se apontar, por oportuno, no modelo referencial adotado na Europa continental, uma certa ascendência do pensamento contratualista de Rousseau, onde a realização dos direitos passa pela participação do indivíduo na formação da vontade coletiva soberana, enquanto o pensamento americano vem moldado mais pela influência lockeana de garantia dos direitos naturais do indivíduo.

O fato é que se desenvolveu na França uma situação de proeminência da lei em relação aos direitos humanos fundamentais, que só se

---

<sup>122</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 377.

<sup>123</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 20.

tornavam exigíveis mediante o seu reconhecimento pelo legislador. Nos Estados Unidos, ao contrário, desenvolveu-se a idéia de primazia dos direitos do homem, tidos como anteriores e como fundamento da nova ordem estabelecida.

Historicamente, na realidade norte-americana, os direitos operam como um limite ao conteúdo da lei, pois é ela que deriva deles, justamente ao contrário do que sucedia na França, onde eram os direitos que derivavam da lei. Assim é que numa tem-se a soberania da lei e, noutra, a soberania dos direitos.<sup>124</sup>

Essa distinta valoração do papel do Parlamento e dos direitos fundamentais nas visões francesa e norte-americana, na visão de Zagrebelsky<sup>125</sup>, produz um grande paradoxo, pois:

*[...] en el país cuya principal contribución al desarrollo de las concepciones constitucionales viene representada sin duda alguna por los derechos humanos, lo que se afianzó no fue la posición central de los derechos, sino lo que se há denominado el légitimisme. Los derechos naturales de los hombres, de los que partía la Déclaration, conducían a la soberanía de la ley, producida com el concurso de los ciudadanos. Del hombre, concepto universal, al ciudadano políticamente activo.*<sup>126</sup>

Nos Estados Unidos, a concepção individualista dos direitos como patrimônio natural conduzia a desconfiar das assembleias onipotentes, nas quais se diluem as consciências individuais. A “*balanced constitution*” era o instrumento para frear a natural ambição pessoal dos legisladores e criar um sistema de governo republicano favorável à manutenção dos direitos<sup>127</sup>.

No tocante à relação entre os poderes do Estado, vigorava na França a doutrina de Montesquieu sobre a separação de poderes em sua forma mais rígida, considerada incompatível com toda possibilidade de

<sup>124</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. p. 19-20.

<sup>125</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 53. Título original: Il diritto mitte. Legge diritti giustizia.

<sup>126</sup> Tradução livre da autora: “[...] no país cuja principal contribuição para o desenvolvimento da teoria constitucional é, sem dúvida, os direitos humanos, o que se firmou não foi a posição central dos direitos, mas o que se denominou legicentrismo. Os direitos naturais dos homens, dos quais partia a Declaração, conduziram à soberania da lei, produzida com a participação dos cidadãos. Do homem, conceito universal, ao cidadão politicamente ativo”.

<sup>127</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. p. 57.

interferência dos juízes na esfera do Poder Legislativo, visto como a direta manifestação da soberania popular<sup>128</sup>.

Em nítido contraste com a concepção francesa está a visão norte-americana dos *checks and balances*, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado. Por essa compreensão, explica-se perfeitamente, por um lado, como o Poder Judiciário possa controlar a legitimidade constitucional das leis e dos atos administrativos e, por outro lado, como os Poderes Legislativo e Executivo possam intervir no momento da escolha e da nomeação dos juízes da Suprema Corte.<sup>129</sup>

Mauro Cappelletti<sup>130</sup> ainda identifica como razão histórica para a adoção do sistema concentrado na Europa continental a desconfiança em relação ao Poder Judiciário decorrente das graves interferências que os juízes franceses do *ancien régime* realizavam sobre os outros Poderes, frequentemente qualificadas como arbitrariedade ou abuso de poder.

De fato, desde a Revolução Francesa vigorava um sentido geral de desconfiança com relação ao Poder Judiciário, pelo que a instituição de um sistema de fiscalização concentrada visou, em última análise, a afastar os magistrados europeus do controle da constitucionalidade.

Eduardo García de Enterría<sup>131</sup> confirma esta tese salientando que com o desenvolvimento do sistema concentrado:

Se há querido paliar a través de este sistema tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además, entonces era especialmente peligroso em Europa por la vigencia, que em aquel momento la doctrina jurídica acepta, de dogmas como los de la Escuela Libre del Derecho, la libre recherche en Francia, la Votksgemeinschaft o comunidad del pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar em cierta manera a los jueces de la observancia de la ley. Este riesgo es el que el sistema kelseniano intenta evitar estableciendo como postulado

---

<sup>128</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 97.

<sup>129</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 98.

<sup>130</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 96-97.

<sup>131</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006. p. 140.

capital la sumisión de los jueces a todas las Leyes, sin perjuicio de que únicamente el Tribunal Constitucional pueda eliminar del sistema, siempre ex nunc, como hemos notado, las leyes supuestamente incompatibles con la Constitución.<sup>132</sup>

Nos Estados Unidos em nenhum momento teve lugar esta desconfiança, que havia na Europa, com relação aos juízes. Ao contrário, os magistrados norte-americanos sempre gozaram de bastante prestígio junto à população o que se deve, em parte, ao fato de que os magistrados tiveram participação ativa na construção do Estado norte-americano e desde o início despontaram como uma confiável fonte do direito comum (*common law*).

Pode parecer que estas questões tenham apenas importância histórica para o estudo das origens dos sistemas de controle de constitucionalidade, mas, pelo contrário, elas são ainda hoje muito discutidas ao se indagar sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Muito se tem questionado o fato de um órgão não eleito democraticamente poder invalidar os atos dos Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros são eleitos pelo povo. Sobre esta problemática posiciona-se Miranda<sup>133</sup>:

Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.

Parte-se aqui de uma compreensão de democracia pluralista decorrente da adequada compreensão do Estado Democrático de Direito. Esta democracia substancialista ultrapassa a regra da maioria e se compromete também em resguardar os interesses das minorias e, principalmente, os direitos fundamentais.

---

<sup>132</sup> Tradução livre da autora: “Quis-se atenuar com este sistema tão cuidadosamente articulado o risco de um governo de juízes, que era então especialmente perigoso na Europa pela vigência, com a aceitação da doutrina jurídica, de dogmas como os da Escola Livre de Direito, a livre pesquisa na França, a *Votksgemeinschaft* ou comunidade do povo, um sentido coletivo, etc., que pretende liberar em certa maneira os juízes da observância da lei. Este risco é o que o sistema kelseniano tenta evitar estabelecendo como postulado fundamental a submissão dos juízes a todas as leis, sem prejuízo de que somente o Tribunal Constitucional possa eliminar do sistema, sempre ex nunc, as leis supostamente incompatíveis com a Constituição”.

<sup>133</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 533.

Ademais, na estrutura dos Tribunais Constitucionais o componente democrático também é assegurado pela forma como se dá a sua composição, em regra mediante nomeações do Parlamento e do Chefe do Poder Executivo.

O fato é que desde o segundo pós-Guerra as Cortes Constitucionais têm assumido papel de grande destaque na defesa e, principalmente, na concretização dos preceitos constitucionais. Neste sentido expõe Gilmar Mendes<sup>134</sup> a respeito do Tribunal Constitucional alemão:

As decisões do Tribunal Constitucional ganharam enorme influência na vida política da República Federal da Alemanha. É difícil encontrar um setor da vida pública que não tenha sido afetado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Não raro, encontra-se o Tribunal no centro de grandes discussões públicas provocada por uma de suas decisões.

Para demonstrar o peculiar significado dessa instituição para o processo político, bastaria mencionar a jurisprudência desenvolvida sobre o sistema de concessão de rádios e televisões, sobre os partidos políticos, sobre as consultas plebiscitárias, sobre as pesquisas censitárias, sobre o Tratado Fundamental entre as duas Alemanhas, a jurisprudência sobre extremistas no serviço público, sobre a política das escolas superiores e as decisões sobre os subsídios dos parlamentares.

Por fim, é conveniente realizar um balanço das vantagens e das desvantagens que costumam ser apontadas com relação à adoção de um ou outro sistema de controle de constitucionalidade.

Em benefício do sistema difuso argumenta-se: a) que só ele atribui aos tribunais a sua plena dignidade como órgãos da soberania estatal, ao conferir-lhes papel ativo no cumprimento da Constituição; b) que com ele a questão constitucional surge naturalmente como questão jurídica, e não política; c) que ele permite maior eficácia da garantia da Constituição, pois o tribunal analisa a questão constitucional sem ter que aguardar a decisão de qualquer órgão central.<sup>135</sup>

Contra o sistema difuso coloca-se a possibilidade de algumas violações sérias à Constituição não chegarem a ter a sua constitucionalidade fiscalizada porque dificilmente surgirão em casos concretos

---

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. p. 13-14.

<sup>135</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 532.

postos ao exame dos juízes. Além disso, destaca-se a possibilidade de desarmonia dos julgados e a diluição do poder de controle entre os vários órgãos judiciários de um país, o que facilitaria o descumprimento das decisões por parte das autoridades legislativas e administrativa.

A favor do modelo concentrado apontam-se: a) a certeza do direito decorrente da eficácia *erga omnes* das decisões do tribunal Constitucional; b) o aprofundamento dos conflitos, pois são confiados a juízes especializados nas questões constitucionais; c) maior sensibilidade às implicações políticas e comunitárias das decisões; e d) fortalecimento do controle de constitucionalidade perante os Poderes Legislativo e Executivo.<sup>136</sup>

Em desfavor do sistema concentrado alegam-se: a) o risco de um exagerado poder do Tribunal Constitucional; b) a possibilidade de o Tribunal assumir feição demasiadamente política por conta das pressões vindas dos outros Poderes; e c) o risco de engessamento jurisprudencial.

Considerando os benefícios e as deficiências dos modelos difuso e concentrado de constitucionalidade, muitos países têm optado por soluções que agregam características de um e do outro, ou mesmo têm desenvolvido mecanismos ecléticos em que coexistem ambos os modelos, como é o caso do sistema brasileiro, cujas características serão analisadas detalhadamente no próximo capítulo.

---

<sup>136</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 532.

## **CAPÍTULO 3**

### **PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Considerando o que foi tratado nos dois capítulos anteriores, o presente capítulo versará, inicialmente, sobre o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no Brasil desde o seu surgimento até a conformação introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na sequência, serão abordados os principais aspectos operacionais do sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil.

Por fim, proceder-se-á a uma análise da posição ocupada pelo controle difuso no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e as perspectivas para o seu futuro desenvolvimento.

#### **3.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

A primeira Constituição brasileira foi outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824. A forma de governo era a monarquia constitucional e a forma de Estado unitária. No que toca à divisão dos Poderes do Estado, seguiu-se a doutrina de Benjamin Constant, com a previsão do Poder Moderador, que representava “a chave de toda a organização Política”, e que era delegado privativamente ao Imperador “como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (art. 98).<sup>137</sup>

A Constituição Imperial era semi-rígida, uma vez que previa que só seria constitucional o que dissesse respeito aos limites e atribuições dos Poderes Políticos e aos direitos políticos e individuais, e estabelecia que tudo que

---

<sup>137</sup> BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2011.

não fosse constitucional poderia ser alterado pelo procedimento de elaboração das leis ordinárias (art. 178).

A Carta de 1824 não previu qualquer tipo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, mas previa, expressamente, que ao Poder Legislativo incumbia “fazer Leis, interpretá-las, suspende-las, e revogá-las”, bem como “velar pela guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação” (art. 15, VIII e IX).

Para Clève<sup>138</sup>, a não previsão de um controle jurisdicional de constitucionalidade deve-se ao fato de que:

Durante o Império, o direito brasileiro sofria a influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França. Ambos os países desconheciam qualquer arranjo jurisdicional com idêntica finalidade. O princípio da supremacia do Parlamento (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto “expressão da vontade geral” catalizada pelo Legislativo (França) constituíam obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade tal como já experimentada nos Estados Unidos.

Assim, a influência inglesa e francesa, somada à grande concentração de poderes nas mãos do Imperador, inviabilizou o desenvolvimento de um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade no período de vigência da Constituição de 1824.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, sob forte influência do constitucionalismo norte-americano, promoveu profunda reformulação na organização jurídico-política do país.

Após a proclamação da República, em 1889, os republicanos tiveram que fazer grandes arranjos políticos para conseguir instalar a Assembléia Constituinte com uma composição que lhes assegurasse a aprovação do projeto de Constituição. Depois da promulgação da Carta, o desafio consistia em evitar que as futuras legislaturas, de composição incerta, comprometessem o espírito republicano da Constituição na sua regulamentação. Para tanto, segundo

---

<sup>138</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 80.



Streck<sup>139</sup>, “[...] o Congresso republicano vai entregar a garantia da instituição e da afirmação da República na lei infraconstitucional aos juízes e ao Supremo Tribunal Federal”.

Foi assim que antes mesmo da promulgação da Carta de 1891, a chamada Constituição Provisória de 1890 (Decreto n. 510 de 1890) já estabelecia o poder dos juízes de fiscalizar a legitimidade constitucional das leis. O mesmo ocorreu com o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que instituiu a Justiça Federal.

Seguindo a linha da legislação que a precedeu, a Constituição de 1891 adotou a forma republicana, a organização federativa, o presidencialismo, o Legislativo bicameral, a estruturação judicial com a Justiça dos estados, a Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal<sup>140</sup> e o sistema da *judicial review*.

A Carta de 1891 introduziu no direito brasileiro o controle difuso de constitucionalidade inspirado no modelo norte-americano, ao prever, em seu art. 59, parágrafo 1º, que:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 421.

<sup>140</sup> A Constituição de 1891 previu, em seu art. 56, a instalação do Supremo Tribunal Federal, a ser composto por quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República mediante prévia aprovação do Senado (art. 48, 12º), dentre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. Segundo Lenio Streck, “O Supremo Tribunal Federal nasceu com 15 juízes, que foram nomeados 48 horas depois da promulgação da Constituição e instalados 4 dias depois no Edifício da Relação do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio. Foi aproveitada a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça, inclusive quatro conselheiros septuagenários, 7 sexagenários e apenas 4 com menos de 60 anos. Alguns eram Viscondes e Barões” (**Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 434), o que explica, em grande parte, a atuação contida do Supremo nos seus primeiros anos de funcionamento.

<sup>141</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2011.

No entanto, houve inicialmente muitas dúvidas e inquietações com relação a essa importante incumbência. Por exemplo, o Supremo questionava se a Constituição havia lhe atribuído um controle judicial pleno ou restrito à apreciação da constitucionalidade das leis estaduais.<sup>142</sup>

Tais incertezas fizeram com que Barbosa<sup>143</sup> se manifestasse sobre a amplitude do instituto em trabalho elaborado em 1893:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: "O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos".

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes, ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que "Compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, a);" Como, ainda, que "Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela." (Art. 59, § 1º, a.)

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contraria à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o principio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.

<sup>142</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 427.

<sup>143</sup> BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo**. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. p. 56-58. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

Ademais, em face da inexistência de previsão expressa no texto constitucional de 1891, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ele não competia uniformizar a interpretação do direito quando do exame dos recursos que chegavam dos tribunais inferiores<sup>144</sup>. Só com a reforma de 1926 é que a questão foi solucionada, com a previsão no art. 60, parágrafo 1º, de que:

Das sentenças das justiças dos estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos de governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas;
- c) quando dois ou mais Tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos Tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República;
- d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.<sup>145</sup>

Assim, a Reforma de 1926 acrescentou à competência recursal do Supremo Tribunal Federal a uniformização da interpretação das leis federais quando dois ou mais tribunais locais as interpretassem de modo diverso.

O período que vai de 1889 até 1930, denominado República Velha, termina com a Revolução de 1930, que instituiu um Governo Provisório levando Getúlio Vargas ao poder. Entretanto, a nova ordem somente veio a institucionalizar-se em 16 de julho de 1934, com a promulgação da terceira Constituição brasileira, a segunda republicana.

A Constituição de 1934, inspirada pelo constitucionalismo social da República de Weimar, introduziu mudanças significativas em matéria de controle de constitucionalidade.

Além de manter o controle exclusivamente difuso (art. 76, III), o Constituinte de 1934 estabeleceu que “só por maioria absoluta de votos da

---

<sup>144</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 428-429.

<sup>145</sup> BRASIL. Emendas à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <2011.http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04SET1926.pdf#page=1>. Acesso em: 21 dez. de 2011.

totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (art. 179)<sup>146</sup>. Esta medida objetivava conter a insegurança jurídica decorrente das constantes mudanças de posicionamento dos tribunais.

Outra grande inovação da Constituição de 1934 foi a previsão da competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV).

Atendendo a críticas que já vinham desde a Constituição de 1891, o referido mecanismo serviu para dar efeito *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

Além das mencionadas novidades, a Constituição de 1934 introduziu no sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade a chamada representação interventiva. Pelo novo texto constitucional competia ao Poder Legislativo a decretação de intervenção federal nos estados quando estes violassem um dos princípios previstos no art. 7º, I, “a” a “h”, denominados princípios constitucionais sensíveis (art. 40, I, e art. 12, V). Mas a intervenção só poderia ser executada depois que a lei que a determinou fosse submetida ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, e tivesse a sua constitucionalidade declarada pela Suprema Corte.

Segundo Mendes<sup>147</sup>, “cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos”, que na visão de Streck<sup>148</sup> “ficou a meio caminho entre o controle em tese e o controle incidental (concreto)”.

Pretendendo impedir a judicialização de questões políticas, na linha da *political question doctrine*<sup>149</sup> norte-americana, a Constituição de 1934

---

<sup>146</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 22 dez. 2011.

<sup>147</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 24.

<sup>148</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 441.

<sup>149</sup> Doutrina pela qual a Suprema Corte “não admite casos que tratem de questões políticas, quando entender que esses seriam mais bem resolvidos pelos ramos políticos do governo” (FINE, Toni M. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**. p. 364).

estabeleceu em seu art. 68 que “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Outro ponto digno de nota no texto constitucional de 1934 é a atribuição ao Senado Federal de competência para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais”. Esta atribuição, que acabava por outorgar ao Senado um pouco da função da Corte Suprema, não foi contemplada pelas Constituições posteriores.<sup>150</sup>

Não se pode deixar de mencionar que na Constituinte de 1933/34 foi apresentado projeto de autoria do Deputado Nilo Alvarenga prevendo a instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo kelseniano e conferindo sua provocação a “qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto [...]”. A proposta, porém, foi rejeitada.<sup>151</sup>

A Constituição de 1937 representou um inegável retrocesso para a incipiente democracia brasileira, pois era um estatuto que tinha por função legitimar o regime ditatorial conhecido por Estado Novo.

Quanto ao controle de constitucionalidade, manteve o sistema difuso introduzido pela Constituição de 1891. Quanto aos avanços introduzidos pelo Constituinte de 1934, a Carta de 1937 reproduziu apenas a exigência de maioria absoluta nos tribunais para declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República (art. 96). Não tratou, porém, da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Mas o que mais chamou a atenção foi a previsão no parágrafo único do art. 96 de norma prevendo que, na hipótese 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, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao exame do

---

<sup>150</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. p. 26.

<sup>151</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. p. 26-33.

Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se sem efeito a decisão do Tribunal.

A medida, que objetivava claramente fortalecer o Executivo e enfraquecer o Judiciário, foi criticada por alguns autores e elogiada por outros. Como aponta Clève<sup>152</sup>:

Ora, no contexto do Estado Novo, o Executivo assumiu nítida preeminência, na medida em que, afinal, o Legislativo não foi convocado. Sem o Poder Legislativo, coube ao próprio Executivo atuar, mediante decreto-lei, a faculdade prevista no art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937.

A Carta de 1937 também vedou ao Judiciário o conhecimento das questões exclusivamente políticas (art. 94). Além disso, o mandado de segurança deixou de configurar uma garantia constitucional e passou a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil de 1939 excluiu da apreciação do Judiciário, pela via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).<sup>153</sup>

Com a Constituição de 1946 o Brasil retoma o caminho democrático. O disposto no parágrafo único do art. 96 da Carta de 1937 não foi reproduzido e o sistema difuso de controle de constitucionalidade foi reintroduzido nos moldes inaugurados pela Constituição de 1891 e aprimorado pelo texto de 1934.

Previa o art. 101, III, a competência do Supremo Tribunal Federal para “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

---

<sup>152</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 86.

<sup>153</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. p. 28.

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”<sup>154</sup>.

Manteve a exigência de maioria absoluta para que os tribunais pudessem declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público (art. 200) e reincorporou, com pequena alteração no texto, a atribuição do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 64).

A representação interventiva também é reinserta pelo texto de 1946, mas com feição um tanto diversa daquela que assumiu na Constituição de 1934. Pelo art. 8º da Constituição de 1946, a intervenção seria decretada por lei federal no caso de inobservância dos princípios enumerados no art. 7º, VII (princípios constitucionais sensíveis). O ato estadual argüido de inconstitucionalidade deveria ser submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este confirmasse a inconstitucionalidade, o Congresso Nacional decretaria a intervenção. Porém, antes de o Executivo efetivar a intervenção, o Congresso se limitaria a suspender a execução do ato declarado inconstitucional caso essa medida bastasse para restabelecer a normalidade no estado federado.

A respeito da representação interventiva e sua influência no desenvolvimento do controle concentrado no Brasil, aponta Streck<sup>155</sup>:

Importa referir que a ação direta interventiva, instituída no Brasil a partir de 1934, longe estava de poder ser considerada modalidade de controle concentrado de constitucionalidade de lei em abstrato, pela singela razão de que a ação direta interventiva dizia respeito sempre a um caso concreto de intervenção federal, e, por conseqüência, a um conflito envolvendo o princípio federativo. Ou seja, a intervenção do Supremo Tribunal Federal não tinha efeito *erga omnes*, tendo por objetivo tão-somente constatar a ocorrência de violação de princípio constitucional sensível, para legitimar o decreto de intervenção da União no Estado.

---

<sup>154</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2011.

<sup>155</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. p. 444.

Mas, sem dúvida, a ação interventiva representou o primeiro passo no caminho que levou à introdução no ordenamento brasileiro de um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade pela Emenda Constitucional n. 16, de 26.11.1965

A Constituição de 1946 sofreu profundas alterações com a instauração do regime militar em março de 1964, pois uma série de atos institucionais destruiu o seu caráter democrático. Esses atos institucionais limitaram drasticamente a possibilidade de controle jurisdicional da legalidade e/ou constitucionalidade dos atos do Governo, como é próprio das ditaduras.

Ainda na vigência da Constituição de 1946 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, estabelecendo a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (nova redação dada ao art. 101, I, k).

Para alguns autores, a introdução de um instrumento de controle de concentrado e abstrato de constitucionalidade durante a ditadura militar foi recebida com surpresa. Para Clève<sup>156</sup>:

Não deixa de ser curioso o fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, pode prestar-se, se bem manejado, admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Já Streck<sup>157</sup> não vê paradoxo na iniciativa, pois para ele:

[...] a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do *establishment*. Não se deve esquecer que a Constituição de 1946, quando da aprovação da EC 16/65, longe estava de seu texto original. Além disso, o próprio regime preparava uma nova Constituição. Desse

---

<sup>156</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 88.

<sup>157</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. p. 448.



modo, o controle concentrado, naquele momento, representava um meio para manter o controle do sistema jurídico-judiciário, uma vez que, como se viu logo em seguida, o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu pesadas baixas.

No que toca ao controle de constitucionalidade das leis municipais, a Emenda Constitucional n. 16/65 também acrescentou ao art. 124 da Constituição de 1946 o inciso XIII, autorizando a instituição de processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

A Constituição de 1967 suprimiu as restrições de acesso ao Poder Judiciário decorrentes dos atos institucionais. Com relação ao controle de constitucionalidade, manteve o sistema difuso e a ação direta de inconstitucionalidade tal qual previstos na Constituição de 1946, com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 16/65.

A representação interventiva foi ampliada para assegurar não só a observância pelos estados dos princípios constitucionais sensíveis, mas também para prover a execução de lei federal (art. 11, parágrafo 1º, c). Ademais, a competência para suspender o ato estadual impugnado foi transferida para o Presidente da República.

A Carta de 1967 não conservou o dispositivo introduzido na Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional 16/65 que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a Constituição do Estado.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que muitos consideram uma nova Constituição, representou a institucionalização da ditadura militar e dos atos institucionais. No que toca ao controle de constitucionalidade, autorizou a instituição pelos estados-membros de representação interventiva para provocar a fiscalização da constitucionalidade das leis municipais em face dos princípios constitucionais sensíveis previstos na Constituição Estadual (art. 15, parágrafo 3º, d, da Constituição).

Já a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de

interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *l*). De acordo com a Exposição de Motivos apresentada pelo Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei.<sup>158</sup>

Por fim, a Emenda n. 7/77 também solucionou a controvérsia em torno da possibilidade de deferimento de liminar em representação de inconstitucionalidade prevendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de cautelar formulado pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, *p*).

Após um longo percurso que começou no fim da década de 70, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 finamente consolidou o retorno à democracia no país.

Em relação ao controle de constitucionalidade, foi mantido o sistema misto ou eclético instaurado em 1965 a partir da coexistência do modelo difuso (introduzido pela Constituição de 1891) com o modelo concentrado (introduzido pela EC 16/65 à Constituição de 1946). Foram, porém, efetuadas mudanças nos mecanismos já existentes e agregados instrumentos novos ao complexo sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade.

Em síntese, a nova ordem constitucional: a) ampliou a legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); b) admitiu a instituição pelos estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º); c) instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); d) exigiu a citação do Advogado-Geral da União para, nas ações diretas, defender o ato impugnado (art. 103, § 3º); e) reclamou a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º); f) suprimiu a representação para fins de interpretação; g) instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único);

---

<sup>158</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. p. 44.

e h) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III).<sup>159</sup> Quase cinco anos depois, a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade.

Visto como se deu o desenvolvimento histórico do controle constitucionalidade no Brasil e as principais alterações introduzidas pela Constituição de 1988, cabe agora verificar como opera, na prática, o controle difuso.

### **3.2 O MECANISMO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Conforme mencionado no segundo capítulo, o controle de constitucionalidade se divide em dois grandes sistemas que se diferenciam basicamente pela atribuição da função de fiscalização a um só órgão separado da estrutura ordinária do Poder Judiciário (controle concentrado) ou a todos os órgãos jurisdicionais (controle difuso).

O controle difuso é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz diante de um processo de sua competência. Esse tipo de controle não serve para analisar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese. A fiscalização da constitucionalidade no controle difuso só pode ser feita a partir de um caso submetido à análise do juízo. Por isso diz-se que o controle difuso é concreto, uma vez que só pode ser exercido diante de um conflito subjetivo de interesses.<sup>160</sup>

No controle difuso, a questão constitucional não representa o objeto da ação. O que se pleiteia é a procedência (para o autor) ou improcedência (para o réu) do pedido sobre o direito controvertido. A alegação de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo faz parte da fundamentação dos pedidos das partes ou da decisão do juiz. A inconstitucionalidade surge, assim,

---

<sup>159</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 90.

<sup>160</sup> Mas não se pode dizer que todo controle concreto é difuso, pois há hipóteses de controle concreto em países que adotam exclusivamente o controle concentrado. É o que acontece na Itália e na Alemanha, onde qualquer juiz, verificando que a solução de um caso concreto depende de juízo sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, deve suspender o processo e submetê-lo à Corte Constitucional para que esta decida sobre a questão constitucional.

como questão incidente que o juiz deve ultrapassar para decidir sobre a procedência ou improcedência do pedido do autor. Por isso se diz que o controle difuso é efetivado pela via incidental, e não pela via principal.

Como salienta Barroso, no controle difuso<sup>161</sup>:

O reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, não é a providência postulada. O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.

A questão constitucional pode ser suscitada pelo autor na petição inicial, pelo réu na resposta, pelo Ministério Público e pelo terceiro interveniente quando lhes couber falar nos autos ou pelo juiz, de ofício. Poder ser levantada pelo órgão jurisdicional tanto em primeira como em segunda instância, não ocorrendo a preclusão. No entanto, a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de ofício em sede de recurso extraordinário é vista com ressalvas pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>162</sup>

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza. Exige-se apenas que seja argüida no âmbito de uma lide concreta que tenha por objeto os interesses subjetivos das partes. Isto porque não é cabível no controle difuso a análise da constitucionalidade da lei em abstrato. É um requisito que se assemelha à exigência de justiciabilidade do direito norte-americano.

---

<sup>161</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 93.

<sup>162</sup> Neste sentido: “EMENTA: I - Recurso extraordinário e controle incidente de constitucionalidade das leis. Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e conseqüente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais argüida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 117.805/PR. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 04 de maio de 1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jan. 2012).

A questão constitucional pode ser suscitada no processo de conhecimento (rito ordinário, sumário ou sumaríssimo), independente de ser a ação condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva *lato sensu*, no processo de execução, processo cautelar e nos procedimentos especiais. Pode ser argüida também nas ações constitucionais e nas ações coletivas, desde que a inconstitucionalidade não configure o objeto da demanda.

O parâmetro para aferição da constitucionalidade em controle difuso será, em regra, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, Mendes<sup>163</sup> lembra que:

De modo diverso do que se verifica com o controle abstrato de normas, que tem como parâmetro de controle a Constituição vigente, o controle incidental realiza-se em face da Constituição sob cujo império foi editada a lei ou ato normativo. Assim, não é raro constatar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma em face da Constituição de 1967/1969.

Já o ato impugnado pode ser norma emanada de quaisquer dos entes federados, de qualquer hierarquia, inclusive anteriores à Constituição. Conforme sintetiza Barroso<sup>164</sup>:

O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata e se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza.

Competente para decidir a questão constitucional será o órgão jurisdicional ao qual competir o julgamento da causa em que a inconstitucionalidade foi argüida. Porém, desde a Constituição de 1934 (art. 179), a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais está condicionada ao voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão

---

<sup>163</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1124.

<sup>164</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 92.

especial. A Constituição de 1988 repetiu a tradição dispondo em seu art. 97 que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.<sup>165</sup>

O dispositivo, ainda na vigência da Constituição de 1934, gerou questionamento sobre se o juiz de primeira tem competência para efetuar o controle difuso ou se somente aos tribunais compete exercer tal controle. Atualmente a questão encontra-se pacificada. Conforme leciona Poletti<sup>166</sup>:

A exigência do *quorum* não significa exclusividade dos tribunais para exercer a competência de declarar a inconstitucionalidade. A regra do art. 97 da Carta Magna é de natureza instrumental, não indica competência. [...]

Hoje é pacífico na doutrina e na jurisprudência que qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo, pode examinar a constitucionalidade de lei e, portanto, declará-la inconstitucional, ao fito de afastá-la de aplicação de um caso concreto.

O que a Constituição exige é que, em sendo a inconstitucionalidade examinada por um tribunal, a eficácia da declaração fica condicionada ao voto da metade mais um dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial. Caso não se atinja este quórum, a lei inicialmente reputada inconstitucional deve ser aplicada ao caso concreto.

Entretanto, a Lei n. 9.756/98 positivou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, ao acrescentar o parágrafo único ao art. 481, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “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”.<sup>167</sup>

Assim, a exigência do art. 97 da CRFB/88 (cláusula de reserva de plenário) não se aplica quando já houver manifestação sobre a

---

<sup>165</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 24 dez. 2011.

<sup>166</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 198-201.

<sup>167</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2012.

questão constitucional por parte do plenário ou do órgão especial do tribunal ao qual o órgão julgador se vincula ou do plenário do Supremo Tribunal Federal.

A cláusula de reserva de plenário também não tem aplicação quando o ato supostamente inconstitucional for anterior à Constituição, uma vez que o Supremo Tribunal Federal entende que esta questão se resolve no âmbito do direito intertemporal. Assim, a lei ou ato normativo anterior à Constituição ou é com ela compatível, e aí diz-se que foi recepcionado pela nova ordem constitucional, ou é incompatível, e foi, portanto, revogado pela nova Constituição.<sup>168</sup>

Importante destacar o conteúdo da Súmula Vinculante n. 10, que dispõe que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.<sup>169</sup>

Com este enunciado o Supremo procurou evitar prática corrente em alguns órgãos fracionários de tribunais do país consistente em afastar a aplicação de determinado preceito por inconstitucional ao invés de declarar expressamente sua inconstitucionalidade objetivando, assim, evitar a submissão da questão constitucional ao plenário ou órgão especial do tribunal.

De certo modo, a súmula vinculante transcrita consolidou entendimento doutrinário segundo o qual “inexiste diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença, onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator”.<sup>170</sup>

Quanto ao procedimento a ser adotado pelos órgãos jurisdicionais nos incidentes de inconstitucionalidade, só há regramento específico para tramitação em tribunais. No primeiro grau a questão constitucional será resolvida como todas as demais questões prejudiciais de mérito que surgem a

---

<sup>168</sup> Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2 e n. 438.

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

<sup>170</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. **Controle da constitucionalidade das leis**. p. 198.

partir de uma pretensão ou da resistência a uma pretensão deduzida em juízo por alguém.<sup>171</sup>

Nos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade tem procedimento previsto no Código de Processo Civil (arts. 480 a 482) e nos respectivos regimentos internos.

Nos termos do Código de Processo Civil, argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público a ser aplicado à decisão da causa, o relator, ouvido o Ministério Público, deverá submeter a questão à turma ou câmara, a que couber o julgamento do processo (art. 480).

Se a alegação (de inconstitucionalidade) for rejeitada no órgão fracionário, prosseguirá o julgamento com a aplicação ao caso da lei ou ato normativo supostamente inconstitucional. Se for acolhida, deverá ser lavrado acórdão, a fim de submeter a questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial (art. 481). Neste ponto, “ocorre a cisão funcional da competência: ao plenário, ou ao ‘órgão especial’ caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, decidir a espécie, à luz do que se houver assentado quanto à prejudicial”.<sup>172</sup> O pronunciamento do órgão fracionário sobre a rejeição ou acolhimento da argüição de inconstitucionalidade é irrecorrível.

A argüição de inconstitucionalidade será acolhida se conseguir reunir a maioria absoluta dos votos, pelo menos em relação a um dos vários fundamentos. Do contrário, independentemente do resultado da votação, a conseqüências será a aplicação do ato normativo reputado inconstitucional.

A decisão do plenário, que é irrecorrível, vincula a turma ou a câmara, no caso concreto, incorporando-se ao julgamento do recurso ou da causa, como premissa necessária. Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o órgão fracionário.

Importante ressaltar que, nos termos do parágrafo único do art. 481, a turma ou câmara a que competir o julgamento da causa não submeterá a argüição de inconstitucionalidade ao plenário, ou ao órgão especial, se estes ou

---

<sup>171</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 105.

<sup>172</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. v. V. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42.



o plenário do Supremo Tribunal Federal já tiverem se manifestado sobre a questão. Aliás, havendo súmula ou jurisprudência consolidada do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior acerca da matéria, o relator poderá conhecer e julgar de plano o recurso, nos termos do art. 557, *caput*, e § 1º-A, do Código de Processo Civil.

A Lei 9.868/99 acrescentou três parágrafos ao art. 482 do Código de Processo Civil prevendo a possibilidade de manifestação, no procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal, do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e dos legitimados para a propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição. Previu, ainda, que o relator poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, levando em consideração a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Segundo Mendes<sup>173</sup>, “tem-se, assim, oportunidade para a efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter estrutura semelhante à dos processos de índole estritamente objetiva (ADI, ADC e ADPF)”.

Importante tecer, neste ponto, alguns comentários sobre o exercício do controle incidental de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3.2.1 O Controle Incidental de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça**

Com a Constituição de 1988, o recurso extraordinário foi “dividido” em dois: um que conservou a denominação de recurso extraordinário e outro que passou a ser chamado de recurso especial. Ao recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal e disciplinado no art. 102, III, da CRFB/88, ficaram reservadas as questões constitucionais. Ao recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça e com regramento previsto no art. 105, III, da CRFB/88, restaram confiadas as questões infraconstitucionais.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1124.

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 99-100.

O Superior Tribunal de Justiça, assim como todos os demais órgãos judiciais do país, pode desempenhar o controle incidental de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição. Em regra, este poder será exercido nas causas de sua competência originária ou naquelas que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário. E dessas decisões, quando envolverem questão constitucional, caberá recurso extraordinário (art. 102, III, da CRFB/88).

Normalmente, não haverá discussão de matéria constitucional em recurso especial, que, como visto, é destinado às questões infraconstitucionais. Entretanto, Clève alerta para o fato de que a hipótese prevista na alínea *b* do art. 105, III, da CRFB/88 (“julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”) acaba por atribuir jurisdição constitucional ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, uma vez que:

Partiu-se da premissa errônea de que contestação de lei de governo local em face de lei federal, por se tratar de confronto de lei e lei, estaria situada no terreno legal infraconstitucional, quando, em verdade, questão dessa natureza é sempre constitucional, por decorrer, necessariamente, da possibilidade de invasão, por parte da lei local, de área de competência legislativa reservada à União Federal.

De fato, não se pode dizer que a competência recursal extraordinária do Superior Tribunal de Justiça se limita exclusivamente à análise de questões infraconstitucionais. Mas, certamente, a intenção do constituinte foi atribuir esta Competência à Corte Especial e reservar as questões constitucionais para a Corte Suprema.

Nos termos do art. 102, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

Nada obstante a posição de destaque que o controle concentrado tem ocupado desde a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal também realiza o controle difuso de constitucionalidade, e poderá fazê-lo em processos de sua competência originária (art. 102, I), no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II) e no julgamento do recurso extraordinário.

O procedimento do controle incidental de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal está especificado nos artigos 176, 177 e 178 do seu Regimento Interno.

Pelo art. 176, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer processo submetido ao plenário, será ela julgada depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

Feita a arguição em processo de competência da turma, e considerada relevante, será ele submetido ao plenário, independentemente de acórdão, após a manifestação do Procurador-Geral da República (RISTF, art. 176, § 1º). Da mesma forma procederão o Presidente do Tribunal e os Presidentes das Turmas em processos de suas competências.

O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa (RISTF, art. 177). Ou seja, diferentemente do que ocorre com os demais tribunais, no Supremo não há a devolução do processo à turma após o julgamento da arguição de inconstitucionalidade, pois o plenário assume a competência plena para o julgamento do feito.

A apreciação da questão constitucional exige quórum de oito ministros (RISTF, art. 143, parágrafo único) e a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnado somente será proclamada se num ou noutro sentido tiverem se manifestado seis Ministros (RISTF, art. 173, *caput*). Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de se aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quórum necessário (RISTF, art. 173, parágrafo único).

Não será declarada a inconstitucionalidade se não forem alcançados seis votos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade, será comunicada a autoridade ou o órgão interessado e será remetida cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal para o fim do art. 52, X, da CRFB/88.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1125.

### 3.2.2 Efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade

Questão controvertida em matéria de controle difuso de constitucionalidade é a que diz respeito aos efeitos produzidos pela decisão que pronuncia a inconstitucionalidade.

Como a declaração incidental de inconstitucionalidade é proferida em processo de índole subjetiva, transitada em julgado a decisão, produz-se a coisa julgada, que é limitada às partes do processo (CPC, art. 472). Todavia, a pronúncia de inconstitucionalidade produz eficácia meramente intraprocessual, sem força de coisa julgada, uma vez que a autoridade da coisa julgada incide apenas sobre a parte dispositiva da sentença e não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial (art. 469, III, do CPC), a não ser, nesta segunda hipótese, se proposta ação declaratória incidental, que não se presta para a declaração incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.<sup>176</sup>

Portanto, a inconstitucionalidade declarada no controle difuso produz somente eficácia *inter partes* e limitada ao processo em que foi pronunciada. Quanto à eficácia temporal da declaração, por ser o ato normativo inconstitucional nulo de pleno direito, o efeito da decisão é *ex tunc*.

No entanto, há precedentes em que o Supremo Tribunal Federal<sup>177</sup>, em controle incidental, deixou de atribuir efeitos retroativos (*ex tunc*) à declaração de inconstitucionalidade, fixando o trânsito em julgado como marco para o início dos efeitos da decisão (eficácia *ex nunc*) ou até mesmo momento posterior (eficácia *pro futuro*), com base na ponderação de valores constitucionais como segurança jurídica e interesse social ou, até mesmo, invocando analogicamente o art. 27, da Lei 9.868/99<sup>178</sup>, que disciplina as ações do controle abstrato de constitucionalidade.

---

<sup>176</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 113.

<sup>177</sup> Os precedentes mais emblemáticos são o RE 197.917 e o HC 82.959.

<sup>178</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2011).

Sem dúvida, o aspecto que mais desperta questionamentos é a competência atribuída ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (CRFB, art. 52, X).

O dispositivo foi introduzido originalmente na Constituição de 1934 com o objetivo de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Foi a forma encontrada à época para adaptar o sistema importado dos Estados Unidos da América para um país da tradição da *civil law*.

Conforme elucida Alencar<sup>179</sup>:

Na declaração por via de exceção, o judiciário declara a inconstitucionalidade do ato e deixa de aplicá-lo à espécie, não lhe cabendo outra qualquer providência a respeito do mesmo ato. Dessa forma, faz-se necessário que os tribunais renovem, em cada caso, aquela declaração a fim de que ela produza efeitos. Os construtores da Carta de 1934 entenderam de modificar esse sistema de tal forma que, uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, os efeitos da declaração não se cingissem ao caso particular, mas aproveitassem a todos.

O mecanismo gerou polêmica antes mesmo da sua entrada em vigor. O Deputado Godofredo Vianna apresentou proposta no sentido de que, se uma lei fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em mais de uma decisão, a lei seria considerada inexistente. Já o Deputado Nilo Alvarenga propôs a criação de uma Corte Constitucional competente para conhecer privativa e originariamente a arguição de inconstitucionalidade.<sup>180</sup>

Ao final das discussões o controle difuso foi mantido, mas acrescentou-se a competência do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV, da Constituição de 1934).

---

<sup>179</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 57, p. 234, jan./mar. 1978. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/182003>>. Acesso em 28 jan. 2011.

<sup>180</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, p. 234-237.

A redação imprecisa do dispositivo logo despertou opiniões divergentes acerca do papel a ser exercido pelo Senado. Alguns autores, como Lúcio Bittencourt defenderam que a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal por si só produz efeitos *erga omnes* e que “o objetivo do art. 45, n. IV, é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”<sup>181</sup> (o dispositivo refere-se à Constituição de 1967). Para Bandeira de Mello a tese defendida por Bittencourt “não vingou por não encontrar apoio no nosso costume constitucional, na falta de texto expresso a respeito”.<sup>182</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal parece ter admitido, no MS 16.512<sup>183</sup>, que o ato do Senado confere eficácia genérica à decisão definitiva da Corte Suprema em controle incidental de constitucionalidade.

Outro aspecto controvertido diz respeito à eficácia temporal produzida pelo ato do Senado. Apesar de o Supremo já ter se posicionado pela atribuição de efeitos *ex tunc* (RMS 17.976<sup>184</sup>), a doutrina majoritária parece entender que a resolução suspensiva do Senado não retroage (eficácia *ex nunc*)<sup>185</sup>.

Questiona-se também se a atuação do Senado é vinculada ou se é orientada por critérios de oportunidade e conveniência. O entendimento

<sup>181</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145.

<sup>182</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 183.

<sup>183</sup> EMENTA: RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL, SUSPENSIVA DA EXECUÇÃO DE NORMA LEGAL CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA SEGUNDA RESOLUÇÃO DAQUELE ÓRGÃO LEGISLATÓRIO, PARA INTERPRETAR A DECISÃO JUDICIAL, MODIFICANDO-LHE O SENTIDO OU LHE RESTRINGINDO OS EFEITOS. PEDIDO DE SEGURANÇA CONHECIDO COMO REPRESENTAÇÃO, QUE SE JULGA PROCEDENTE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 16512/DF. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. 25 de maio de 1966. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jan. 2012).

<sup>184</sup> EMENTA: A SUSPENSÃO DA VIGENCIA DA LEI POR INCONSTITUCIONALIDADE TORNA SEM EFEITO TODOS OS ATOS PRATICADOS SOB O IMPERIO DA LEI INCONSTITUCIONAL. CONTUDO, A NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO SÓ PODE SER DECLARADA POR VIA DE AÇÃO RESCISÓRIA, SENDO IMPROPRIO O MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 430. RECURSO DESPROVIDO (Recurso em Mandado de Segurança n. 17976/SP. Relator Ministro Amaral Santos. 13 de setembro de 1968. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jan. 2012).

<sup>185</sup> Conforme levantamento efetuado por Clève, este é o entendimento de Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari. Em sentido contrário (defendendo que o ato do Senado produz efeito *ex tunc*), entendem Clèmerson Merlin Clève, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Napoleão Nogueira da Silva e Marcello Caetano (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. p.122-123).

prevalente é o de que Senado pode analisar discricionariamente se vai ou não suspender a execução do ato normativo e que não há prazo para tanto. Mas uma vez que decida pela suspensão, terá que fazê-lo nos exatos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, não podendo restringir ou ampliar a extensão do julgado.

Por fim, cabe mencionar que a atribuição conferida ao Senado não abrange somente a lei em sentido estrito, como se poderia pensar a partir de uma análise literal do inciso X do art. 52 da CRFB/88, mas engloba várias modalidades normativas. Ademais, podem ser objeto de resolução suspensiva do Senado atos normativos federais, estaduais e municipais.<sup>186</sup>

Feita a análise de como se desenvolve a atividade jurisdicional de fiscalização difusa da constitucionalidade das leis e atos normativos dos Poderes Públicos e tratados os principais pontos que geram discussões doutrinárias e jurisprudenciais, proceder-se-á em seguida à abordagem das perspectivas futuras para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

### **3.3 PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Como já visto, a ideia de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos foi introduzida no Brasil com o Decreto n. 510 de 1890 (a chamada “Constituição Provisória”), seguido pela Constituição de 1891. Fortemente inspirado pelo constitucionalismo norte-americano, o texto constitucional de 1891 incorporou no Brasil o modelo difuso de controle de constitucionalidade desenvolvido nos Estados Unidos especialmente a partir do caso *Marbury contra Madison*.

Os problemas decorrentes da importação do modelo difuso, nascido no sistema da *common law* norte-americana, para o direito brasileiro, de tradição romano-germânica, logo foram sentidos. O principal deles foi a ausência de um mecanismo que, a exemplo da doutrina do *stare decisis* nos Estados

---

<sup>186</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1129-1130.

Unidos, garantisse que as decisões das instâncias superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, fossem seguidas pelos juízes das instâncias inferiores.

Essa problemática não passou despercebida pelo Constituinte de 1933/1934. Após muitas discussões, de altíssimo nível teórico por sinal, optou-se pela manutenção do sistema difuso introduzido em 1891, complementado pela competência do Senado para conferir efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>187</sup>

Este mecanismo foi suprimido na Carta de 1937 e reativado pela Constituição de 1946.

A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, incorporou ao sistema então vigente, exclusivamente difuso, um instrumento de controle concentrado consistente na representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República. Constituiu-se, assim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade através da combinação dos modelos difuso e concentrado.

Sobre este sistema híbrido, misto ou eclético de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos adotado no Brasil a partir de 1965, e cuja ideia central (conjugação dos modelos difuso e concentrado) mantém-se operante até os dias atuais, manifestou-se Bastos<sup>188</sup>:

Apenas com a Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965, ganhou o controle de constitucionalidade, em nosso sistema, uma plenitude total. Com efeito, até então, muito embora tivesse estado a linha orientadora do nosso Direito na matéria voltada para uma sempre crescente extensão do controle, o fato é que a indagação jurisdicional de constitucionalidade se ressentia ainda de certas deficiências.

Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes. A proteção dos direitos individuais já era e continua sendo assegurada pela via de defesa. Uma ação cujo único objetivo é a perquirição do

---

<sup>187</sup> ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, p. 234-245.

<sup>188</sup> BASTOS, Celso Seixas Ribeiro Bastos. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 22, p. 78-80, out./dez. 1972.



ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo enfim, que se encontra na base de tal instituto.

O trecho transcrito expressa bem como o sistema misto de controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil, unindo os benefícios dos modelos difuso e concentrado, acaba por se revelar mais complexo, mas também mais completo que os sistemas “puros”.

É claro que essa sobreposição de mecanismos de fiscalização de constitucionalidade desenvolvidos em contextos operacionais bastante distintos demandou grandes esforços da doutrina e dos órgãos jurisdicionais na tentativa de “acomodar” o novo modelo criado.

A situação se tornou ainda mais complexa com a promulgação da Constituição de 1988. O novo texto constitucional manteve a representação, que passou a ser denominada ação direta de inconstitucionalidade, e ampliou consideravelmente a legitimação ativa para sua propositura (CRFB/88, art. 103). Além disso, permitiu a instituição pelos estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual; instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; introduziu o mandado de injunção; criou a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição; e alterou a essência do recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, ainda agregou ao sistema a ação declaratória de constitucionalidade.

Portanto, a partir de 1988 e 1993 o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade passou a contar com mais três instrumentos de controle abstrato (ação direta de inconstitucionalidade por omissão, argüição de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade), além da ação direta de inconstitucionalidade, que já havia sido instituída em 1965 com o nome de representação contra inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, mas com legitimação ativa restrita ao Procurador-Geral da República.

O controle difuso, por sua vez, não sofreu tantas mudanças. As principais foram a transformação do recurso extraordinário em instrumento exclusivamente destinado à matéria constitucional (CRFB, art. 102, III) e a instituição do mandado de injunção (CRFB/88, art. 5º, LXXI). No mais, foi mantida a exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou respectivos órgãos especiais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CRFB, art. 97), bem como permaneceu a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (CRFB, art. 52, X).

O desenvolvimento do complexo modelo misto de controle de constitucionalidade brasileiro ganhou mais um capítulo importante no ano de 2007, e suas consequências ainda são incertas. Trata-se do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335-5 do Acre.

O caso partiu de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, por meio das quais indeferiu pedidos de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado pela prática de crimes hediondos. Alegou-se ofensa à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 82959/SP, em que foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.<sup>189</sup>

Solicitadas informações pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, a autoridade reclamada sustentou que, como a decisão do Supremo Tribunal Federal que reputou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 havia sido proferida em controle difuso, produz efeitos apenas entre as partes. Para que produzisse eficácia para todos, seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo declarado inconstitucional, na forma do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, proferiu voto julgando procedente a reclamação. Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação,

---

<sup>189</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 454. Brasília, 1º e 2 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No mérito, aduziu em síntese, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Reputou ser legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado sofreu uma mutação constitucional, pelo que passou a ter simples efeito de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no *Habeas Corpus* n. 82959/SP.

O Ministro Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CRFB/88, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.<sup>190</sup>

Em divergência, o Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão de regime. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de "projeto de decreto de

---

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 463. Brasília, 16 a 20 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

mutação constitucional", já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a Emenda Constitucional n. 45/2004 dotou o Supremo Tribunal federal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CRFB/88, art. 103-A).

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como *habeas corpus* e também o concedeu de ofício. Afirmou, na linha do que exposto pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CRFB/88. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CRFB/88, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. Após, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski.<sup>191</sup>

Embora ainda não esteja finalizado o julgamento da Reclamação 4335-5/AC, a argumentação desenvolvida nos votos já proferidos demonstra a importância da decisão final que vier a ser tomada não só para o desenvolvimento do controle difuso, mas para a teoria constitucional como um todo.

Do ponto de vista da disciplina do controle de constitucionalidade, destaca-se a discussão acerca da compreensão que se deve ter do art. 52, X, da CRFB/88 e a posição do controle difuso no modelo misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Quanto à questão da competência atribuída pela Constituição ao Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (CRFB/88, art. 52. X), o texto é bastante claro acerca do papel a ser exercido pela Casa Legislativa.

Desde que tal mecanismo foi incorporado na tradição constitucional brasileira em 1934, o ato do Senado foi sempre entendido como aquele que confere eficácia *erga omnes* à decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental de constitucionalidade.

---

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 463.

No entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o referido dispositivo teria passado por um processo de mutação constitucional, por meio do qual se operou “uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”<sup>192</sup>. Desta mutação decorreria a compreensão de que o art. 52, X, da CRFB/88 atribui ao Senado mera competência para tornar pública a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto, concorda-se com Streck, Cattoni de Oliveria e Barreto de Lima<sup>193</sup> quando afirmam que esta nova compreensão do art. 52, X, da CRFB/88, denominada mutação constitucional pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, “[...] consistiu, na verdade, não na atribuição de uma (nova) norma a um texto (Sinngabung), mas, sim, na substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal)”.

Com efeito, o texto do art. 52, X, não deixa dúvidas sobre o teor da participação do Senado no processo de controle difuso de constitucionalidade, e a tradição constitucional brasileira só vem a confirmar que cabe àquele órgão legislativo atribuir eficácia geral às decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em fiscalização incidental de constitucionalidade.

E não se pode esquecer, mais uma vez com Streck, Cattoni de Oliveria e Barreto de Lima<sup>194</sup>, que a intervenção do Senado exerce papel fundamental para a legitimação democrática do controle difuso e que, portanto:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.

---

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335-5/AC. Voto do Relator Ministro Gilmar Mendes. p. 56.

<sup>193</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. p. 1-2. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 05 de outubro de 2010.

<sup>194</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. p. 1-2.

De fato, qualquer alteração na função conferida pela Constituição de 1988 ao Senado Federal na sistemática do controle difuso de constitucionalidade deve ser feita pelo Poder Constituinte Derivado, único ente apto a promover a alteração do texto da Constituição.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu no texto constitucional a súmula vinculante, instrumento por meio do qual o Supremo Tribunal Federal pode decidir sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas com efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CRFB/88, art. 103-A).

Sem adentrar na questão relativa aos prejuízos e aos benefícios que a súmula vinculante representa para o sistema jurídico, o fato é que ela está à disposição do Supremo Tribunal Federal para emprestar eficácia vinculante às decisões preferidas em controle difuso sobre validade ou invalidade de determinado ato normativo. Tanto é assim que o resultado prático almejado com os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação n. 4335-5/AC foi obtido com a edição na Súmula Vinculante n. 26<sup>195</sup>.

A súmula vinculante ainda tem a vantagem (com relação à tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88) de conferir mais segurança ao sistema, pois a sua edição depende da existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional em discussão e aprovação por voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, não se corre o risco de qualquer decisão em controle difuso com quórum apertado de 6 a 5 (que foi o resultado da votação no *Habeas Corpus* n. 82959/SP) se tornar vinculante para todos os órgãos jurisdicionais e da administração pública.

Por outro lado, contrariando aqueles que anunciam a superação do controle difuso pelo controle concentrado, cabe destacar o papel

---

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 26, de 16 de dezembro de 2009. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 jan. 2012.

importantíssimo que este sistema de controle de constitucionalidade desempenha na proteção dos preceitos constitucionais.

Do ponto de vista prático, o controle difuso apresenta vantagem por permitir que atos normativos provenientes de qualquer ente federado possam ser questionados em face da Constituição Federal. Também a legislação pré-constitucional pode ser objeto de controle incidental sem qualquer impedimento. Ainda, conforme já mencionado, o Senado Federal pode suspender a execução de quaisquer leis e atos normativos declarados inconstitucionais em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não importando se municipais, estaduais, distritais ou federais.

Como se sabe, o controle abstrato não possui essa maleabilidade. Os atos normativos municipais não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade tendo por parâmetro norma da Constituição Federal. Tampouco as normas pré-constitucionais podem ser questionadas desta forma.

Para as situações mencionadas existe a argüição de descumprimento de preceito fundamental, mas que só é cabível se a norma constitucional tida por violada for classificada pelo Supremo Tribunal Federal como preceito fundamental. Além disso, a argüição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser proposta por qualquer cidadão, mas só pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (o art. 2º, II, do PL n. 17/99, que se converteu na Lei n. 9.882/99, foi vetado pelo Presidente da República).

É indiscutível que o controle abstrato é muito importante para a defesa da ordem constitucional objetiva. Mas existem certos atos normativos inconstitucionais que afetam mais diretamente a esfera privada dos indivíduos e talvez não despertem, ou demorem a despertar, a atenção de um dos legitimados para a provocação do controle concentrado. Assim, como bem aponta Luís Roberto Barroso<sup>196</sup> “sem embargo da expansão do controle por via de ação direta, nos últimos anos, o controle incidental ainda é a única via de acesso ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais”.

---

<sup>196</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 89.

De fato, no Brasil, todo cidadão tem o direito de se opor ou de arguir uma inconstitucionalidade e todo magistrado, da primeira à última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca ao exercício da jurisdição, apreciar a constitucionalidade de lei ou de ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de preceito eivado de inconstitucionalidade. Ou seja, no Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional.<sup>197</sup>

É inegável que o controle difuso, por permitir que qualquer cidadão tenha acesso à jurisdição constitucional, é mais democrático que o controle concentrado. É esta a conclusão a que chega Cattoni<sup>198</sup> ao comparar a jurisdição constitucional brasileira com o modelo prevalente na Europa continental:

No direito continental europeu tradicional, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o Legislativo e a Corte são autorizados a interpretar autenticamente a Constituição, o cidadão e o juiz comum não. Questões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns, nenhum cidadão pode arguí-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se sobre elas. Como diria Peter Häberle, trata-se de uma “sociedade fechada de intérpretes da Constituição”.

Bonavides<sup>199</sup> também destaca o caráter democrático do controle difuso de constitucionalidade:

A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do poder Executivo.

---

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212-213.

<sup>198</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. p. 213-214.

<sup>199</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Revista Estudos Avançados**. 18 (51), 2004. p. 133.



Além disso, o modelo de origem austríaca, ao “concentrar” a atividade de aferição da constitucionalidade das leis e atos normativos nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal e Tribunais dos Estados e do Distrito Federal), acaba por “politizar” a jurisdição constitucional. Isto se deve em grande parte ao fato de que alguns dos membros (no caso dos Tribunais de Justiça) ou todos os membros (no caso do Supremo Tribunal Federal) destes tribunais são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, com ou sem intervenção posterior do Poder Legislativo.<sup>200</sup>

Já o controle difuso, por ser exercido também pelos juízes das instâncias ordinárias, admitidos na carreira da magistratura mediante concurso público de provas e títulos, tende a partir de uma análise preponderantemente jurídica.

Não se discute que o controle concentrado tem desempenhado papel de extrema relevância na defesa da ordem constitucional, ao permitir que quase todos os atos normativos do Poder Público tenham a sua constitucionalidade aferida pelo Poder Judiciário, independentemente do seu questionamento em um conflito judicial intersubjetivo.

Mas não se pode negar que a tradição brasileira em matéria de controle de constitucionalidade é a do modelo difuso. Também há que se reconhecer que o controle exercido incidentalmente por todos os juízes, dado o seu caráter democrático, representa um importante instrumento de cidadania no direito brasileiro.

Em suma, as dificuldades operacionais decorrentes da justaposição do controle difuso e do controle concentrado em um mesmo sistema

---

<sup>200</sup> De acordo com o art. 101, parágrafo único, da CRFB/88, “os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 10 jan. 2012). Já a Constituição do Estado de Santa Catarina prevê, em seu art. 79, caput e parágrafo único que “um quinto dos lugares do Tribunal de Justiça será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal de Justiça formará lista tríplex, enviando-a ao Governador do Estado, que, nos vinte dias subseqüentes, nomeará um de seus integrantes” (BRASIL. SANTA CATARINA. Constituição do Estado de Santa Catarina, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao\\_sc.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao_sc.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2012).

não devem permitir que o mecanismo resultante se descaracterize. Em outras palavras, o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é bom justamente porque agrega as vantagens dos dois modelos “puros”.

Não se pode permitir que as dificuldades técnicas destruam um modelo que tem se revelado bastante democrático e que exige uma permanente comunicação entre o político e o jurídico, algo que é bastante salutar em um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha do tema da presente dissertação partiu da curiosidade surgida com a leitura dos votos proferidos no julgamento da Reclamação n. 4335-5/AC e dos muitos ensaios e artigos produzidos a seu respeito, especialmente o texto de autoria de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto de Lima denominado "A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional".

O referido julgado e os textos escritos a seu respeito levaram a autora a perquirir sobre o espaço ocupado hoje pelo controle difuso no complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Estaria ele morto e completamente substituído pelo controle concentrado? Estaria ele vivo, mas ofuscado pelo destaque obtido pelo controle concentrado após a promulgação da Constituição de 1988? Ou estaria ele vivo e apto a conferir completude ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade?

A busca dos fundamentos para a confirmação ou negação dessas hipóteses conduziu à pesquisa do mecanismo de controle de constitucionalidade desde suas raízes históricas mais remotas até chegar ao modelo vigente hoje no Brasil.

Para tanto, o primeiro capítulo tratou da evolução da organização da sociedade desde o modelo medieval, em que inexistia Estado no sentido moderno, até a construção do Estado Democrático de Direito, estrutura adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Viu-se que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a existência de uma Constituição rígida consagradora do ideal democrático e dos direitos fundamentais, entendida como norma suprema dentro do ordenamento jurídico.

A partir dessa constatação, abordou-se também o desenvolvimento da ideia de supremacia da Constituição, desde os precedentes mais antigos até a sua consagração formal nos Estados Unidos da América. Constatou-se que a Constituição norte-americana de 1787 inaugurou a era das constituições modernas, rígidas e dotadas de mecanismos para sua defesa.

No segundo capítulo verificou-se como funciona o principal instrumento de defesa ordinária da Constituição, o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos. Foram analisados o sistema de controle difuso, o controle concentrado (em especial os modelos austríaco, alemão e italiano) e o controle político (não-jurisdicional) adotado na França.

Ao final realizou-se um balanço das principais características do controle difuso e do controle concentrado, seguido do exame das razões que levaram os países da Europa continental a concentrar a jurisdição constitucional em um único tribunal destacado da estrutura ordinária do Poder Judiciário. Ainda, foram apontadas as vantagens e desvantagens que costumam ser vinculadas a um e outro sistema de controle de constitucionalidade.

No terceiro capítulo buscou-se demonstrar como ocorreu o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil desde a sua introdução, em 1890, até construção do sistema misto, híbrido ou eclético em 1965 e a sua confirmação pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na sequência, abordou-se a disciplina constitucional e infraconstitucional do controle difuso, a sua aplicação prática e os principais questionamentos que envolvem a sua operacionalização.

Por fim, foram analisadas as perspectivas futuras para o controle difuso, partindo-se da análise dos votos proferidos no julgamento da Reclamação 4335-5/AC, que reacenderam os debates sobre o papel do controle difuso na jurisdição constitucional brasileira.

Percorrido todo esse trajeto, a conclusão a que se chegou foi de que a riqueza do sistema brasileiro está justamente na reunião dos dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade. E, dentro desse mecanismo complexo, o controle difuso exerce o papel fundamental de democratizar a jurisdição constitucional.

Ademais o sistema misto promove o balanço entre a análise eminentemente política exercida no controle concreto e o julgamento preponderantemente jurídico efetivado no controle difuso, principalmente nas instâncias inferiores do Poder Judiciário. Tem-se, assim, um equilíbrio saudável

entre a política e o direito que contribui muito para a concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Obviamente não se pretende esgotar o tema. Primeiro porque essa pretensão se afigura contrária ao espírito do trabalho acadêmico. Em segundo lugar porque é impossível assentar premissas definitivas em matéria de controle de constitucionalidade, por se tratar de um mecanismo em constante evolução.

O que se pretendeu foi trazer elementos para engrandecer o debate sobre a temática e colaborar com o futuro desenvolvimento desse importantíssimo instrumento de defesa da Constituição.

A bibliografia sobre o tema é vasta, tanto estrangeira como nacional, mas é constituída de muitos documentos históricos às vezes de difícil acesso, mesmo pela internet. Tal dificuldade obrigou a autora, em alguns momentos, a buscar referências históricas em obras mais recentes, mas apenas a título de exceção. Sempre que possível, buscou-se ter contato com o texto original.

Enfim, espera-se que o presente trabalho sirva de incentivo para que o tema continue a ser estudado com o objetivo de promover um diálogo constante entre os meios acadêmicos, a doutrina e os tribunais, na tentativa de aperfeiçoar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tendo sempre em vista o fim último da realização das promessas do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 573 p.

ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. 248 p.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo**. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. p. 56-58. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>. Acesso em 21 de dezembro de 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. v. V. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 771 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. 300 p.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 388 p.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 22, out./dez. 1972.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 316 p.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 166 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* v. 1. 12. ed. Brasília: LGE, 2004. 666 p. Título original: Dizionario di política.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo.** Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011. 183 p. Título original: La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero político.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, n. 18, p. 127-150, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. 379 p.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 22 dez. 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 24 dez. 2011.

BRASIL. Emendas à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[2011.http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04SET1926.pdf#page=1](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04SET1926.pdf#page=1)>. Acesso em: 21 dez. 2011.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2011

BRASIL. SANTA CATARINA. Constituição do Estado de Santa Catarina, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao\\_sc.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao_sc.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 454. Brasília, 1º e 2 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 463. Brasília, 16 a 20 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2011.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 16512/DF. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. 25 de maio de 1966. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 jan. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 17976/SP. Relator Ministro Amaral Santos. 13 de setembro de 1968. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 jan. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 117.805/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 04 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10, de 18 de junho de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 26, de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1522 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. 142 p. Título original: Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 321 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 484 p.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003. 303 p.

\_\_\_\_\_. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002. 265 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 260 p.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006. 325 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p. Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.

FINE, Toni M. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. *In* TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 347-381.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel** – as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução de Dario Canali. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 1998. 114 p.

HAMILTON, Alexander. Capítulo LXXVIII – Da inamovibilidade do Poder Judiciário *In* HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. Coleção Os Pensadores XXIX. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.91-184. Título original: The federalist.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. 374 p. Título original: Staatslehre.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p. Títulos originais: Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates *et al.*

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 377 p. Título original: Reine rechtslehre.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 244 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 446 p.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 546 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 216p.

PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. 258 p.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 293 p.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 647 p. Título original: The problems of jurisprudence.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? *In* FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica** – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15 a 27.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 203 p.

\_\_\_\_\_. **O Estado moderno e o constitucionalismo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. 145 p.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis: Vozes, 2006. 215 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 924 p.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 8. n. 2. p. 257-301, maio/ago. 2003.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 195 p.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. 29 p. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 05 de outubro de 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009. Título original: Il diritto mitte. Legge diritti giustizia.