



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**Monografia**

**LUCAS DI VAIO SOUZA E SILVA VALENTE**

180042564

**TENDÊNCIAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO:  
ABSTRATIZAÇÃO DA VIA CONCRETA, CONCRETIZAÇÃO DA VIA DIFUSA OU  
RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA?**

Brasília, DF

2023

**LUCAS DI VAIO SOUZA E SILVA VALENTE**

**TENDÊNCIAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO:  
ABSTRATIZAÇÃO DA VIA CONCRETA, CONCRETIZAÇÃO DA VIA DIFUSA OU  
RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA?**

Banca Examinadora:

---

João Costa-Neto – Orientador

FD/UnB

---

Professor(a) Dra. Paula Pessoa Pereira

FD/UnB

---

Professor (a) Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

FD/UnB

Brasília, DF

2023

**LUCAS DI VAIO SOUZA E SILVA VALENTE**

**TENDÊNCIAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO:  
ABSTRATIZAÇÃO DA VIA CONCRETA, CONCRETIZAÇÃO DA VIA DIFUSA OU  
RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito de Brasília como requisito parcial para outorga do título de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto

Brasília, DF

2023

*“Concedei-me, Senhor, a agudeza de entender, a capacidade de reter, a sutileza de relevar, a facilidade de aprender, a graça abundante de falar e de escrever. Ensinai-me a começar, regei-me no continuar e no perseverar até o término. Vós, que sois verdadeiro Deus e verdadeiro homem, que viveis e reinais pelos séculos dos séculos.”*

*Oração de Santo Tomás de Aquino pelos Estudos*

*“Você deve entender que há mais de um caminho até o topo da montanha”*

*Provérbio japonês atribuído a Miyamoto Musashi*

## AGRADECIMENTOS

O Trabalho de Conclusão de Curso é uma peça emblemática na trajetória de muitos estudantes. Ele é um daqueles sinais distintivos utilizados para marcar a transição de uma etapa para outra, de modo que, ao cabo desta monografia, me peguei pensando sobre o ciclo que se encerra.

Experimentei cinco bons anos de curso na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, os quais, olhando desta perspectiva, parecem mais breves do que realmente foram. Quanta coisa aconteceu! Verdadeiramente, na data de matrícula, enquanto estava acompanhado de meu pai no ICC norte esperando o trâmite do meu registro discente, não imaginaria o universo de acontecimentos que se seguiriam nos próximos anos – todas as amizades feitas, relacionamentos desfeitos, tantas opiniões mudadas, horizontes expandidos. Não imaginaria, também, que graças, ironicamente, à universidade eu poderia me reaproximar e me aprofundar em minha religião.

Quando do início do curso de Direito, meu pai ainda tinha os cabelos todos pretos ou quase, minha irmã ainda estava no ensino médio e minha sobrinha tinha apenas três anos.

Neste momento de minha saída da graduação, a idade mais madura se insinua em meu pai, minha irmã igualmente apresenta sua monografia e a Laurinha já não é inha, mas somente Laura. O sorriso, a alegria e a comoção da minha mãe pelas minhas conquistas, contudo, permanece o mesmo, verdadeira chama que não se extinguiu.

No crepúsculo desta fase, sinto fortes anseios e grande empolgação ao antever os momentos que vêm a seguir – todas as promessas de sucesso, todos os novos desafios (certamente maiores que os anteriores), os horizontes a serem desbravados; e enfim tudo que pode excitar um espírito jovem.

Penso, todavia, no que jaz por trás de tamanha animação. Meus sonhos não são somente meus, minhas conquistas não são devidas somente à minha iniciativa e esforço. Nunca foram, também nunca serão.

Sem Nosso Senhor, que me resgata constante da minha enorme miséria, que revela Seu plano em minha vida e que mostra, com paternal afeto e firmeza, os rumos que devo tomar para uma vida verdadeiramente plena e feliz Nele, e Sua Santa Mãe, Maria Santíssima, que me colocou dentro da Universidade de Brasília – sem a ajuda Deles nada teria sido possível.

Também sem meus pais minha trajetória não apontaria para o alto, como imagino que ela agora aponte. Não somente me dotaram de inteligência e saúde, como ao longo da vida providenciaram, com liberalidade e generosidade, todos os recursos necessários para que eu me desenvolvesse ao máximo. Da minha posição de filho, sem ter ninguém ainda sob meus cuidados, consigo somente imaginar o esforço despendido, tanto em termos de recursos financeiros e materiais, quanto na energia mental e emocional investida ao longo desses 23 anos. Sei que não sou uma pessoa fácil e que altos e baixos houveram e hão de haver em nossa relação; mas apesar dos pesares, foram eles que sempre estiveram comigo, investindo em mim e nunca desistindo. Não é algo que eu possa um dia retribuir.

Meus mentores – Sensei Edmar de Andrade, Hiroshi Ueoka e Sensei Josimar Ikeda – talvez nunca tomem a verdadeira dimensão do impacto que tiveram e ainda têm sobre minha pessoa. Inúmeras vezes, por palavras e gestos, tentei exteriorizar a gratidão e o afeto que nutro por estes senhores, mas não fui capaz. Não será aqui também que conseguirei semelhante empresa... Isso, no entanto, não obsta que eu conclua: a eles, devo pouco menos do que a meus pais, pois também eles foram, à sua maneira, pais para mim. Nesta categoria incluo também o grande padre Ricardo, meu tio, figura em quem me espelho e em quem me inspiro. A todos estes senhores, pretendo, ainda que esta pesquisa não os alcance, prestar minha singela homenagem e deixar este breve agradecimento.

Também a trajetória que iniciei em 2015, com os estudos para o vestibular, concluída em 2017 com minha aprovação e reiniciada em 2018 com o início da graduação foi permeada pela alegria de quem pode contar com bons amigos. Alguns deles que me acompanham desde a infância – Érico, Eduardo, Dudu, William, Mateus (que, quando da aprovação desta monografia, acaba de ser admitido no ITA) –, outros com quem cruzei caminhos durante o curso – dentre os quais vale destacar Gustavo, Sancler e os primos Rodrigo Garcia e Luiz Gallotti – e aqueles que Deus colocou em meu caminho – Leonardo, Gabriel, João Pedro, Pedro –, fora outros grandes nomes que tiveram seu papel e sua relevância na construção da pessoa que sou hoje. Tanto os que estão comigo atualmente, quanto aqueles que seguiram rumos próprios e divergentes dos meus – todos foram, de fato, eternizados em minha memória por sua contribuição no meu crescimento, por seu suporte, lições e companhia.

Faço, ainda, como um imperativo de justiça, um elogio especial a Rodrigo Garcia. Em meio à pesquisa que abaixo segue, muitas dúvidas por vezes interromperam minha produção. No entanto, com muita alegria, pude me socorrer dos auxílios deste amigo, que, com incomparável boa vontade e disposição, não hesitou em travar longas conversas comigo a

respeito do tema em comento e em fornecer valiosa bibliografia, a fim de que eu enriquecesse e aprofundasse o texto que abaixo segue. Rodrigo, muito obrigado. Verdadeiramente, creio que este trabalho deve muito à sua ajuda e disponibilidade. Espero poder retribuir este serviço prestado com tamanha gratuidade.

Por fim, não posso deixar de lado os devidos elogios ao professor João Costa Neto, que sem ao menos me conhecer, aceitou-me prontamente como seu orientando e que, ao longo deste ano, foi uma figura extremamente acessível, flexível e disponível para mim e para os demais alunos sob sua orientação. Professor, muitíssimo obrigado.

Encerro estes agradecimentos retomando o raciocínio ensaiado acima: meus sonhos não são somente meus, minhas conquistas não somente minhas. Os passos que darei daqui em diante certamente não serão dados sozinhos. Terei, com a graça de Deus, as magníficas pessoas acima e outras mais comigo. É uma felicidade sem nome ter isso em mente – isto é, que tenho com quem contar para ir mais longe, que tenho quem me ajude a levantar de minhas quedas, que posso ter um ombro amigo quando a necessidade se mostrar, que terei com quem brindar as vitórias.

Sobre o ombro de tais figuras, pude empreender a obra que abaixo segue. As longas horas de pesquisa, escrita e reescrita foram tornadas possíveis por eles e outros.

## RESUMO

A presente monografia se propõe a investigar certas tendências na evolução do controle de constitucionalidade brasileiro e as feições que tem ele assumido. Para tanto, faz-se breve digressão na história constitucional pátria, investigando como se dava o controle das normas em face dos ditames constitucionais, desde a Constituição Imperial de 1824 até a presente Constituição de 1988. Ademais, analisam-se os contornos gerais dos sistemas Austríaco e Norte-Americano de controle, na medida em que ambos foram tomados como inspiração para a elaboração do modelo brasileiro. Com tais noções em mente, o estudo seguirá para sua discussão principal, qual seja: a incorporação ao controle abstrato de constitucionalidade de elementos que, tradicionalmente, não lhe pertenciam, em uma resposta às novas tendências do constitucionalismo; e a racionalização, por outro lado, do controle incidental, que até então encontrava-se desprovido de algumas ferramentas e institutos necessários à mais plena tutela da ordem constitucional. Tais tendências são comumente referidas, respectivamente, como concretização do controle abstrato e abstratização do controle concreto – embora esta última nomenclatura não seja tecnicamente adequada, conforme demonstra a pesquisa. A partir do desenvolvimento de tais noções será possível concluir que as mudanças apresentadas não somente se ajustam bem ao ordenamento constitucional brasileiro, como também são uma necessidade sua.

**Palavras-chave:** constitucional; processo constitucional; controle de constitucionalidade; abstratização; abstrativização; concretização; história constitucional; desenvolvimento.



## ABSTRACT

This monograph proposes to investigate certain trends in the evolution of Brazilian judicial review and the features it has assumed. To this end, a brief digression is made in the country's constitutional history, investigating how the control of norms took place in the light of constitutional dictates, from the Imperial Constitution of 1824 to the present Constitution of 1988. Furthermore, the general contours of the Austrian and North American judicial review systems are analyzed, as both were taken as inspiration for the elaboration of the Brazilian model. With such notions in mind, the current study will move on to its main discussion, namely: the incorporation to the abstract control of constitutionality of elements that traditionally did not belong to it, in response to the new trends of neoconstitutionalism; and the rationalization, on the other hand, of incidental control, which until then had been devoid of some tools and institutes necessary for the fullest protection of the constitutional order. Such tendencies are commonly referred to, respectively, as the materialization of abstract control and the abstractization of concrete control – although the latter nomenclature is not technically adequate, as shown in the research. From the development of such notions, it will be possible to conclude that the changes presented not only fit well with the Brazilian constitutional order, but are also a necessity of it.

**Key words:** Constitutional; constitutional procedure; judicial review; abstractization; materialization; constitutional history; development.

## SUMÁRIO

<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	11
<b>2. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL</b> .....	13
2.2. CONSTITUIÇÃO DE 1891 .....	16
2.3. CONSTITUIÇÃO DE 1934 .....	18
2.4. CONSTITUIÇÃO DE 1937 .....	20
2.5. CONSTITUIÇÃO DE 1946 .....	21
2.6. CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969 .....	22
2.7. CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	24
2.8 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO: CONFLITOS DENTRO DO SISTEMA .....	26
<b>3. ABSTRATIZAÇÃO DA VIA CONCRETA DE CONTROLE</b> .....	28
3.1. O QUE É O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE?.....	28
3.2. ABSTRATIZAÇÃO OU RACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO? O PROBLEMA DO CONTROLE DIFUSO “À BRASILEIRA” .....	30
3.3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, O FILTRO DA REPERCUSSÃO GERAL E OS PRECEDENTES VINCULANTES NA RACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO.....	37
<b>4. CONCRETIZAÇÃO DA VIA ABSTRATA</b> .....	51
4.1. DA IMPORTÂNCIA DOS FATOS NO CONTROLE CONCENTRADO – ABANDONO DO MODELO TRADICIONAL E CONCRETIZAÇÃO DA VIA ABSTRATA .....	58
4.2. MEIOS PELOS QUAIS OCORRE A CONCRETIZAÇÃO .....	61
4.2.1. Técnicas processuais a serviço da concretização do controle abstrato, ou do aprimoramento da tutela constitucional objetiva.....	63
4.2.2. Constatação dos fatos relevantes no processo objetivo – instrução probatória nos diferentes tipos de tutela constitucional.....	68
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	75
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	80

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O trabalho em tela tem como escopo um breve estudo a respeito de certas tendências observadas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Observa-se que os contornos tradicionais das vias abstrata e concreta de controle têm sofrido marcantes alterações, de modo que as razões históricas, sociais e jurídicas que levaram até elas devem ser melhor elucidadas, nisto consistindo o esforço da presente monografia.

Nessa toada, o primeiro capítulo desta obra pretende analisar o controle de constitucionalidade ao longo da história constitucional brasileira. A atual Constituição é produto e ápice de toda a experiência jurídico-constitucional pretérita do Brasil; é neste diploma que se positivam respostas a problemas enfrentados pelo ordenamento, por vezes, desde seu início. Nesse sentido, como esta obra propõe-se a analisar as *mudanças que os tradicionais modais de controle de constitucionalidade brasileiros têm sofrido*, é necessário antes investigar como tais modelos foram originalmente concebidos – já que o juízo a respeito das mudanças pressupõe o conhecimento daquilo que se está a mudar.

Em seguida, parte-se para o estudo do fenômeno da abstratização do controle concreto de constitucionalidade. Para tanto, explora-se o conceito clássico desta modalidade de controle, bem como o contexto de seu surgimento e seus contornos primitivos. Busca-se com isso entender quais são os requisitos que fizeram o *judicial review*, nomenclatura original do controle concreto, ser um modelo tão bem sucedido – tanto do ponto de vista operacional e sistêmico (visto que se enquadrou com perfeição em seu ordenamento e sobrevive até os dias atuais essencialmente imutável), quanto do ponto de vista da tutela constitucional.

Nessa toada, explica-se, a partir das luzes conferidas pelo primeiro capítulo, algumas contradições existentes na forma como tal modelo fora aplicado no ordenamento jurídico brasileiro e as diversas consequências dessa aplicação – notadamente, trata-se da inexistência de caráter vinculante nas decisões de (in) constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em um sistema de controle difuso e às antinomias de um modelo concebido nesses moldes. Ademais, a fim de encerrar o segundo capítulo, apresentam-se as soluções adotadas e explica-se como, na realidade, o sistema concreto não se tornou algo mais próximo do abstrato, mas sim mais racional.

O terceiro e último capítulo apresenta a concretização do controle abstrato de constitucionalidade, fenômeno que consiste na inserção, no tradicional controle kelseniano, de elementos estranhos à sua proposta original de mera análise da contradição normativa entre

certos atos normativos e a Constituição. Demonstra-se que a atenção aos fatos nos procedimentos concentrados é uma necessidade imposta pela própria Carta de 1988 e explora-se como os valores constitucionais atuais substituem aqueles existentes à época em que se formulou o modelo original de controle abstrato de constitucionalidade, de modo que a referida via sofre adaptações coerentes com o enquadramento no novo atual constitucional. Ademais, detalham-se os principais institutos promotores da concretização, perpassando a análise pela maneira como os procedimentos do processo objetivo foram redesenhados para se adequarem aos novos modos de entender e tutelar a ordem constitucional.

Conclui-se, por fim, com um breve apanhado de tudo que aqui se trata, retomando os principais pontos da argumentação e evidenciando – à luz de todo o exposto – a tese principal do trabalho, qual seja: a de que a adequada tutela da ordem constitucional demanda que o órgão encarregado da guarda da Constituição Federal, o STF, seja dotado dos meios aptos à promoção de sua missão, isto é, de um instrumental abrangente o suficiente a ponto de alcançar toda e qualquer situação jurídica do ordenamento que demande uma resposta da jurisdição constitucional. Objetivo este alcançado, de maneira específica, com a abertura do processo constitucional objetivo aos fatos e elementos concretos subjacentes à norma impugnada e com a generalização dos efeitos das decisões do controle difuso de constitucionalidade.

## 2. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

É interessante iniciar a discussão a respeito da aproximação das vias de controle de constitucionalidade no ordenamento nacional trazendo à tona o histórico de sua evolução. Ora, é inimaginável conceber que as mudanças operadas nos tempos presentes – tanto na jurisprudência, quanto na legislação e no texto constitucional – sejam eventos completamente isolados e deslocados da experiência jurídica pretérita do País.

Em outros termos, acompanhar o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil auxilia na compreensão a respeito dos motivos que levaram o constituinte originário de 1988 e seus sucessores, constituintes reformadores, a optarem pelo modelo presente; uma vez que ele se apresenta como resposta a desafios e antinomias experimentadas ao longo de toda a trajetória do constitucionalismo nacional.

### 2.1. CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824

A Carta Política do Império, como é de se imaginar, assentava-se sobre um paradigma político, jurídico e social em muito distinto daquele que qualquer sociedade do ocidente contemporâneo experimenta.

É nesse sentido que avaliar a existência de um controle de constitucionalidade sob sua vigência exige do jurista certa sensibilidade, a fim de que não incorra em anacronismos<sup>1</sup>, atribuindo a expressões e institutos manejados naquela época o valor que lhes damos no presente.

Em específico, refere-se este trabalho ao artigo 15, incisos VIII e IX, da Constituição de 1824, segundo o qual:

Art. 15. **É da atribuição da Assembléa Geral:**

[...]

VIII. Fazer leis, **interpreta-las**, suspende-las, e revoga-las

IX. **Velar na guarda da Constituição**, e promover o bem geral da Nação.

---

<sup>1</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História Contextual do Controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, volume 10, número 4, pp. 2521-2543, julho, 2017.

A interpretação das leis no ordenamento presente, bem como a cláusula de ‘velar na guarda da constituição’, são institutos jurídicos atrelados intimamente ao judiciário, sendo o segundo deles, inclusive, uma das atribuições do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>.

Naquele momento, no entanto, imperava um paradigma distinto do atual, segundo o qual o Parlamento seria a instância dotada de legitimidade para dizer ou não o Direito. A tradição jurídica romano-germânica, à qual o Brasil se filiava, via com suspeita um Judiciário dotado de muitos poderes e era receosa em conferir a este qualquer poder que excedesse a mera aplicação da lei.

Conforme tais correntes de pensamento, o Parlamento seria a autoridade adequada para interpretar a lei, na medida em que fora ele próprio que a confeccionara desde o princípio, de modo que a autoridade legiferante, melhor que quaisquer dos outros poderes constituídos, saberia o verdadeiro alcance da norma. Interpretar seria atribuir sentido à lei. Nessa sorte, permitir que outras autoridades além das legislativas interpretassem e determinassem o alcance e aplicação das normas era encarado como esvaziamento da atividade do legislador e como transferência da prerrogativa de produção normativa para outros órgãos. Em tal paradigma, o juiz seria o executor da lei e toda a atividade interpretativa que ele viesse a realizar deveria restringir-se aos limites delegados pelo parlamento<sup>3</sup>.

Nessa sorte, é pertinente colacionar, no presente ensaio, trecho da obra “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, de José Antônio Pimenta Bueno<sup>4</sup>, o “jurista do império”. No excerto que segue, é possível compreender com clareza a mentalidade jurídica em vigor sob a Constituição de 1824:

§2º - Da atribuição de interpretar as leis.

[...]

Há pois duas, e só duas, espécies de interpretação, por via de autoridade e por via de doutrina, e elas são tão distintas em sua importância, força e efeitos, que não poderiam jamais ser confundidas.

Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstrata ou autêntica, termos que são equivalentes, é determinar legítima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que dever ser observada sem mais dúvida ou hesitação, é em suma estabelecer o direito.

Esta interpretação **pertence essencial e exclusivamente ao poder legislativo**, não só pela determinação expressa e categórica do artigo constitucional [...], como pela

<sup>2</sup> Conforme consta da Constituição de 1988, em seu art. 102, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

<sup>3</sup> CONTINENTINO, *Op. Cit.*, p. 2523.

<sup>4</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federa, 1978, pp. 69 e 70.

natureza do nosso governo, divisão e limites dos poderes políticos. **Sem dúvida que quando isso não fosse mais que expresso, ainda assim mesmo resultaria dos princípios constitucionais como uma consequência e necessidade indeclinável.**

**Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar, por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória, o pensamento, o preceito dela.** Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. **Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo,** já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

Como demonstra Continentino<sup>5</sup>, a segunda das atribuições supra referidas, a de velar na guarda da constituição, por seu turno, era entendida na época como “prerrogativa genérica que autorizava a Assembleia a inspecionar e a examinar se as leis eram fielmente observadas”, não possuindo o atual significado de aferir a compatibilidade de determinada norma com a Constituição, a fim de garantir a supremacia e higidez desta.

Assim, pelo fato de o controle das leis ser exercido pelo Poder Legislativo, na figura da Assembleia Geral; de o consenso político de então ser no sentido de privar aos juízes intromissão em qualquer atividade legislativa, limitando-os à aplicação da legislação; e pela existência de um quarto poder, o Poder Moderador, “revestido de funções próprias de uma corte constitucional”<sup>6</sup>, é comum afirmar<sup>7</sup> que não existiria controle de constitucionalidade sob a Constituição Imperial.

Em verdade, o que não existiu de fato fora um controle judicial repressivo de constitucionalidade. Todavia, o controle político, preventivo e repressivo, realizado pelas instâncias executiva e legislativa, esteve presente sob a vigência daquela Carta Política, sobretudo em virtude da reforma constitucional de 1834.

Com tal reforma, três procedimentos<sup>8</sup> de controle de constitucionalidade surgiram: o primeiro deles era o veto dos presidentes das províncias motivados pela inconstitucionalidade do projeto de lei; o segundo consistia na remessa pelo presidente provincial do projeto considerado inconstitucional à Assembleia Geral e ao Governo Geral, em caso de seu veto ter sido derrubado pela assembleia local; e o terceiro consistia em a Assembleia Geral receber uma lei já em vigor e apreciá-la por suspeita de contrariedade à Constituição. Nas últimas duas

---

<sup>5</sup> CONTINENTINO, *Op. Cit.*, p. 2524.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 2523.

<sup>7</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020; BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

<sup>8</sup> Os mencionados procedimentos resultam da conjugação de dispositivos da Lei nº 16/1834 com aqueles da Lei nº 105/1840.

hipóteses, caso o referido órgão de cúpula do Legislativo averiguasse a inconstitucionalidade, poderia revogar as leis impugnadas.

## 2.2. CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição de 1891 inovou ao ser a primeira Carta Política brasileira a recepcionar<sup>9</sup> o controle judicial de constitucionalidade das normas e atos normativos. Tal diploma fora tingido abertamente pelas tintas do direito estadunidense, de modo que Rui Barbosa<sup>10</sup> viria a afirmar que “nossa lâmpada de segurança será o direito americano” e que a “Constituição brasileira é filha dele”.

Ora, o modelo americano é aquele de controle difuso e incidental de constitucionalidade, segundo o qual todos os juízes podem, no caso concreto, afastar a aplicação de determinada lei, caso repute-na incompatível com a constituição. No ordenamento nacional, tais disposições ficaram positivadas definitivamente no art. 13, §10, da Lei 221/1894:

Art. 13. Os juízes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

[...]

**§10. Os juízes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.**

Ademais, ainda havia expressa competência, no texto da Constituição de 1891, do Supremo Tribunal Federal para julgamento de recursos atinentes à matéria constitucional:

Art. 60 – Aos juízes e Tribunaes Federaes: processar e julgar:

[...]

**§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:**

a) **quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição** e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;

b) **quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição**, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;

<sup>9</sup> Frisa-se que a dita ‘Constituição Provisória de 1890’ (Decreto nº 510/1890), em seu art. 58, §1º, b, já previa que ao Supremo Tribunal Federal caberia julgar recurso “quando se contesta[sse] a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados”.

<sup>10</sup> BARBOSA, Rui. Atos inconstitucionais (1893). 2ª ed. Campinas: Russel, 2004, p. 19.



c) quando dous ou mais tribunaes locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica;

Apesar de os revolucionários de 1891, ao romperem com a antiga ordem constitucional e monárquica, instituindo a república, terem buscado no Direito americano e na experiência política daquele país um norte para o Brasil, não foram eles capazes de abandonar por completo a tradição jurídica que até então norteava o ordenamento. Refiro-me, especificamente, à resistência<sup>11</sup> em atribuir ao Poder Judiciário grandes poderes em face do Legislativo e do Executivo.

Em verdade, ainda imperava o dogma da supremacia da lei em sua forma mais plena e radical<sup>12</sup>, de modo que o Judiciário era visto ainda como mero aplicador da legislação. De fato, fora a necessidade de contrabalançar a autonomia dos recém fundados Estados (antigas províncias) e de manter a higidez da federação que levou o constituinte a atribuir ao Supremo Tribunal Federal o poder de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos. No entanto, o medo de que tal poder se degenerasse em uma verdadeira juristocracia<sup>13</sup> freou a pena do constituinte, de modo que este não conferiu ao sistema de controle de constitucionalidade da república a regra dos precedentes vinculantes<sup>14</sup> (*stare decisis*), impedindo que as decisões de (in) constitucionalidade tivessem de, necessariamente, ser seguidas por todo o judiciário e pela administração, limitando seus efeitos ao caso concreto em que houvesse sido proferida. O §11, art. 13, da supracitada lei 221/1894 deixa clara essa opção:

[...]

§11. As sentenças judiciais passarão em julgado e **obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto** que fez objecto da discussão.

Não havia aqui, ainda, as ações e mecanismos diretos de controle de constitucionalidade, e como sobredito tampouco o Judiciário detinha, por si só, o poder para estender os efeitos de suas decisões a toda a sociedade e mesmo para seus próprios órgãos (isto é, as decisões de

<sup>11</sup> CONTINENTINO, *op. cit.*, p. 2528.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>13</sup> E também de que o presidente da república pudesse cooptar o Judiciário, em virtude de ser ele o encarregado das nomeações dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

<sup>14</sup> Vale aqui lembrar as lições de Merryman e Pérez-Perdomo: “A insistência revolucionária em que as normas legais fossem feitas apenas pelos representantes do legislativo significa que a lei não poderia ser criada, direta ou indiretamente, pelos juizes. Uma expressão desta atitude era a exigência de que os juizes usassem apenas “a lei” para decidir os casos, e isto significava [...] que eles não poderiam basear suas decisões em julgados precedentes.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergui Antonio Fabris Ed., 2009.

inconstitucionalidade de juízes e tribunais não vinculavam outros magistrados). A manutenção dessa rígida separação de poderes gerava uma série de inconvenientes e complicações, conforme aponta Cunha<sup>15</sup>, sendo os principais deles a insegurança jurídica e o elevado grau de congestionamento das vias judiciais ordinárias.

Não obstante, o sistema de controle difuso, incidental ou por via de exceção, com seus efeitos interpartes, perdurou desde a Carta de 1891 até a presente constituição cidadã, sendo por vezes aperfeiçoado, por vezes tolhido, conforme os sabores e dissabores da política constitucional brasileira. O que importa ter em conta, acima de tudo, é que foi sob essa constituição que o juízo de constitucionalidade das normas passou da esfera política, isto é, dos Poderes Executivo e Legislativo, para o Poder Judiciário<sup>16</sup>.

### 2.3. CONSTITUIÇÃO DE 1934

Em termos de controle de constitucionalidade, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 apresenta pontos merecedores de destaque. Primeiramente, consignase que fora mantido o sistema da Carta anterior de controle difuso, concreto e incidental de constitucionalidade. Contudo, intensos foram os debates a respeito desse sistema, em razão da existência de um antigo e grave problema de ordem prática – a necessidade de atribuição, de alguma forma, de eficácia *erga omnes* às decisões da Corte Suprema (nome dado ao Supremo Tribunal Federal pela CF/34). Ora, como Continentino<sup>17</sup> assevera:

“A constatação de Góes Monteiro [...], membro da Comissão que elaborou o anteprojeto que origem à Constituição de 1934, volta-se precisamente contra a “anomalia” de “uma lei condenada pelo Poder Judiciário” permanecer produzindo efeitos para os julgamentos futuros: “... não se pôde compreender que, depois de ter o Supremo Tribunal Federal julgado uma lei inconstitucional, ella continue em vigor”.

Em outros termos, via-se a necessidade de algum mecanismo para fazer valer a autoridade da Corte e evitar a desnecessária multiplicação de processos a serem levados ao seu conhecimento. Ora, a opção por um sistema semelhante ao americano sem a implementação da regra do *stare decisis* não poderia gerar resultado diferente do observado e o constituinte apercebeu-se disso.

---

<sup>15</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Controle de Constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado*. 11ª Ed. ver. Ampl. e atual – São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 97.

<sup>16</sup> CONTINENTINO, *op. cit.*, p. 2529

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 2530-2531.

Ainda pairava, todavia, entre grandes mentes da época, o receio de uma instauração de uma “ditadura judiciária”<sup>18</sup> caso se conferisse ao Supremo a prerrogativa de ter decisões de (in) constitucionalidade com efeitos *erga omnes*. Assim, com vistas a preservar a separação de poderes, conforme era entendida à época, adicionou-se à Constituição cláusula que se encontra viva no ordenamento brasileiro até os dias atuais. Refere-se aqui à atribuição do art. 91, inciso IV, segundo o qual cabia ao Senado Federal, privativamente:

Art. 91. [...]

IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Outro instituto vivo até os dias presentes e que tem suas origens na Constituição de 1934 é a cláusula da reserva de plenário, mecanismo segundo o qual a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo somente poderia ser declarada pela maioria absoluta dos tribunais.

Por fim, em termos de controle de constitucionalidade, ainda é válido apontar os esboços de uma modalidade de controle abstrato surgidos com o novel instituto da representação interventiva, de titularidade do Procurador-Geral da República. Nos termos do art. 12, §2º da Carta de 1934

Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

[...]

V - Para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras “a” a “h”, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

[...]

§ 1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.

**§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.**

Como é possível perceber, havia um controle obrigatório da constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção federal em determinado Estado. Ora, tal juízo era feito em relação à lei em tese e possuía, portanto, natureza objetiva<sup>19</sup>. Não havia partes nessa demanda ao Poder

<sup>18</sup> CONTINENTINO, *op. cit.*, p. 2531.

<sup>19</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO; *op. cit.*, pp. 1.018 a 1.021.

Judiciário, tampouco um litígio a ser decidido – tão somente buscava-se analisar a compatibilidade da lei interventiva com a Constituição.

#### 2.4. CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Carta de 1937 foi um nítido reflexo do momento político em que o Brasil se encontrava. Marcada por acentuado autoritarismo e por grande concentração de atribuições no Poder Executivo, a Polaca mostrou-se como grave retrocesso em termos de direitos fundamentais, de experiência democrática e, conseqüentemente, de controle de constitucionalidade.

Sob sua vigência, o hipertrofiado Executivo poderia submeter ao Parlamento leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que, caso o Legislativo, por dois terços dos votos em cada casa, confirmasse a lei, a decisão da Corte restaria sem efeito (art. 96, parágrafo único, Constituição de 1937). Não obstante tal opção pareça um incremento nas atribuições do Parlamento, este fora tolhido por um outro lado: a Carta de 1937 não repetira o dispositivo que conferia ao Senado o poder de suspender a execução, no todo ou em parte, de leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Ora, com tal medida, pode-se com segurança dizer que fora enterrada a possibilidade de atribuição de eficácia geral às decisões do controle concreto pelo STF.

Outrossim, tendo em vista que o presidente determinara o fechamento do Parlamento<sup>20</sup> à época e acumulara para si suas funções, na prática o controle da constitucionalidade das leis não tinha como última instância o Supremo Tribunal Federal, mas sim a vontade política daquele agente específico. Em outra análise, ainda que o Legislativo não tivesse sido tolhido e pudesse ter operado com liberdade, ainda assim, nos termos da Carta de então, o presidente poderia instiga-lo a exercer o controle político e *repressivo* de constitucionalidade (modalidade de controle que não se observava desde o Império).

De mais a mais, a hipótese de declaração de (in) constitucionalidade, a ocorrer no bojo da representação interventiva do PGR, deixou de existir no ordenamento, na medida em que tal ação não figurou no texto constitucional. Nessa sorte, dava-se um passo atrás em relação ao avanço rumo a um sistema abstrato de controle de constitucionalidade, mantendo o Brasil ainda arraigado em sua quase quinquagenária tradição de controle difuso-incidental, a qual também

---

<sup>20</sup> CONTINENTINO, *op. cit.*, p. 2533.

fora enfraquecida pela impossibilidade de atribuição de eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade do STF.

## 2.5. CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946, por seu turno, buscou em várias frentes romper com a referida tradição, pois é ao longo de sua vigência que o controle abstrato de constitucionalidade ressurgiu no ordenamento nacional, permanecendo nele desde então.

Inicialmente, a representação interventiva fora reincorporada à ordem constitucional, embora com novo procedimento<sup>21</sup>. Ao contrário de como fora desenhada sob a Constituição de 1934, agora o que deveria ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal não seria a constitucionalidade da lei interventiva, mas sim a inconstitucionalidade do ato estadual impugnado. Repisa-se que tal controle era puramente objetivo, pois a norma vergastada era julgada em abstrato em face da Constituição Federal, independentemente de questionamentos oriundos de casos concretos.

Sobre esta peculiar ação, cumpre consignar que não se trata de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou melhor, não se trata de uma ação direta com escopo tão abrangente. Afinal, o propósito da representação interventiva era tão somente legitimar a intervenção da União nos entes subnacionais, sendo o instrumento para isso a constatação de que estes entes violaram a ordem constitucional e sua higidez<sup>22</sup>.

Assim sendo, pode-se considerar que o modelo abstrato de controle de constitucionalidade fora inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez a partir da Emenda Constitucional nº 16/1965, que conferiu nova redação ao art. 101, I, *k* da Carta de 1946, segundo o qual

Art.101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – Processar e julgar originariamente:

[...]

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

<sup>21</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO, *op. cit.*, p. 1.018 a 1.021.

<sup>22</sup> Apesar disso, há registro do uso da representação interventiva com o fim de exercer puro controle abstrato de constitucionalidade. Para maiores detalhes, conferir os autos da Representação Interventiva nº 94 e SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

No mais, facultou-se também aos Estados a instituição do controle de constitucionalidade das normas municipais em face das constituições estaduais.

É interessante, ademais, refletir a respeito do motivo que levou o constituinte derivado de 1965 a optar pela inserção da via abstrata de controle no ordenamento nacional. À época, o Supremo Tribunal Federal se via assediado por quantidade exorbitante de processos e recursos, de modo que novamente buscou-se algum mecanismo capaz de aliviar tal demanda e de racionalizar o sistema, a fim de evitar a reprodução desnecessária de ações judiciais. Dentre as alternativas sugeridas, cogitou-se o aumento no número de integrantes da corte, a retomada dos antigos “assentos com força de lei<sup>23</sup>” e a instituição de outra instância recursal, inferior ao Supremo, com o fito de reservar a este tribunal as questões federais e constitucionais. Dentre essas e outras sugestões, o que de fato se implementou foi a Representação de Inconstitucionalidade<sup>24</sup> e a instituição do Tribunal Federal de Recursos.

Outrossim, houve certo debate no sentido de positivar a eficácia *erga omnes* das decisões de (in) constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, legando ao Senado apenas a tarefa de publicar a decisão a da Corte. Tal opção, contudo, não fora adotada, de modo que certa dúvida ainda existia quanto à necessidade ou não de o Senado Federal retirar da lei sua eficácia, ainda que o STF já houvesse decidido a respeito.

## 2.6. CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969

Como sobredito, o controle abstrato de constitucionalidade não sairia do constitucionalismo brasileiro desde sua inserção na Constituição de 1946. Em outros termos, a Carta de 1967 também adotou a Representação de Inconstitucionalidade para o controle abstrato dos atos normativos federais e estaduais. A legitimidade ativa para ingresso com tal ação objetiva permaneceu exclusiva do Procurador-Geral da República, sendo a razão um tanto simples de compreender: tal agente político, à época de livre nomeação e exoneração do chefe do Poder Executivo, possuía um papel chave no jogo de poder. Assim como fora pensado em

---

<sup>23</sup> Institutos que em muito se assemelham às atuais súmulas vinculantes. Para maiores detalhes, conferir CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História Contextual do Controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, volume 10, número 4, pp. 2521-2543, julho, 2017.

<sup>24</sup> De fato, na Exposição de Motivos da EC 16/1965, o Ministro da Justiça, Juracy Campos aponta como um dos principais objetivos em torno da adoção de uma Representação de Inconstitucionalidade o fato de o Supremo, a partir de uma só decisão, ser capaz de pôr fim a um sem número de processos sobre uma mesma questão e evitar, ainda, a formação de outras lides com o mesmo fundamento. Para maiores detalhes, conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo; Thomson Reuters Brasil, 2021.

1965, quando da edição da EC nº16, o vínculo do PGR com o Presidente possibilitava que este dispusesse da jurisdição constitucional praticamente com exclusividade, o que coaduna com o momento ditatorial em que vivia o Brasil desde 1964.

Não obstante, o controle abstrato fora sensivelmente ampliado no decorrer da vigência da Carta de 67: a representação interventiva tivera seu objeto expandido, passando a garantir “a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária” (art. 10, IV), além dos princípios constitucionais sensíveis; a representação de inconstitucionalidade passou a contar com medida cautelar; e uma terceira ação abstrata fora introduzida – a Representação para Interpretação. Segundo o art. 119, inciso I, alínea *l*, conforme redação trazida pela EC nº 7/1977:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

[...]

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

[...]

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República;

Antes de encerrar o histórico do controle de constitucionalidade no País, vale consignar alguns aspectos de valorosa discussão trazida à baila por Marinoni<sup>25</sup>, concernente à eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle concentrado. Conforme se verá no capítulo da concretização do controle abstrato, a forma como tal modal de controle de constitucionalidade fora originalmente formulado compreendia que as decisões que reputassem que determinada lei era incompatível com a Constituição teriam a semelhança de um ato negativo de legislação, justamente por tal decisão anular a referida lei inconstitucional.

Na experiência brasileira, entretanto, desde a Constituição de 1934, excetuando a vigência da Constituição de 1937, a única forma de o Judiciário obter eficácia geral para suas decisões eram as resoluções senatoriais. Em consonância com a tradição jurídica nacional, “entendia-se que a decisão do STF, tomada em face de ação direta de inconstitucionalidade, não era dotada, por si só, de eficácia contra todos [...], dependendo, para tanto, da atuação do Senado”<sup>26</sup>. Entendia-se que o Supremo tinha a incumbência de mormente *declarar* a

<sup>25</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO; *op. cit.*, pp. 1.021 a 1.026.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 1021.

inconstitucionalidade, mas que não lhe cabia, e sim ao Senado, suspender a execução da lei inconstitucional.

Tal entendimento não era uníssono e já havia vozes em sentido contrário, defendendo a jurisdição constitucional e o Supremo como instância última de interpretação e aplicação da constituição. Assim, embora fosse comum a submissão das decisões do Supremo ao Senado Federal – fossem elas do controle difuso, fossem do controle concentrado – durante a vigência da Constituição de 1967/ EC nº1/1969, paulatinamente a jurisprudência da Corte desenvolveu-se no sentido de reconhecer que em suas decisões, de fato, havia ou deveria haver eficácia *erga omnes*<sup>27</sup>.

## 2.7. CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a retomada da experiência democrática, houve genuína preocupação com a criação de mecanismos, procedimentos e instituições capazes de assegurar a tutela da ordem constitucional contra novas rupturas. Nessa toada, a Constituição de 1988 buscou a adoção de variados e sofisticados modelos de proteção à higidez constitucional, o que significava, em última instância, proteção reforçada aos direitos fundamentais individuais, difusos e coletivos assegurados a toda a nação.

O controle de constitucionalidade, por óbvio, integra essa rede de tutela constitucional, sendo ele o instrumento jurídico por excelência vocacionado a garantir o máximo cumprimento da Constituição e a proteção de sua supremacia no ordenamento.

De uma forma geral, a Constituição de 1988 conferiu força sem precedentes ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, fazendo-o tanto por ter expandido sensivelmente o rol de legitimados da ADI, inserindo uma série de atores políticos e sociais relevantes; quanto por ter introduzido outros meios de tutela da ordem constitucional, notadamente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (fruto da Emenda Constitucional nº 3/93), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Com tais meios, não só o direito federal e estadual poderia ter sua constitucionalidade aferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas também o direito municipal e o pré-constitucional

---

<sup>27</sup> Para maiores detalhes, conferir Representação de Inconstitucionalidade nº 933, Representação de Inconstitucionalidade nº 1.016-3 e SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 1021 a 1026.



Ainda considerando o controle abstrato, a Carta de 1988 recuperou aos Estados a possibilidade de instituição de uma ação direta para controle das normas locais e municipais em face das constituições estaduais<sup>28</sup>.

Com a Emenda da Reforma Judiciária (EC nº 45/04), o art. 102 da CF/88, em seu §2º, positivou em definitivo no ordenamento a solução para a querela que se apresentara acima, a respeito da necessidade de confirmação senatorial para que, mesmo em sede de controle concentrado, determinada norma perdesse sua eficácia em caráter geral:

Art. 102

[...]

**§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.**

A referida emenda também trouxe incrementos ao controle difuso de constitucionalidade. Adicionou-se o filtro da repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário – filtro este que, por um lado, presta-se à redução das excessivas demandas sobre o Supremo Tribunal Federal e que, por outro, é valioso instrumento na concretização da missão constitucional da Corte de guarda e protetora da Constituição. Afirma-se este segundo ponto em razão de a repercussão geral exigir o preenchimento do binômio relevância e transcendência<sup>29</sup>, *i.e.*, o recurso extraordinário passa a ser o veículo não apenas de pretensões individuais, mas sim de questões que interessem a todo o ordenamento constitucional. A EC nº 45, por fim, também trouxe a figura da Súmula Vinculante, a qual tem o condão de trazer efeitos vinculantes a certos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e de sua jurisprudência.

Por fim, consigna-se que, sob o texto constitucional de 1988, o Supremo Tribunal Federal assumira a função de guarda da Constituição. É a partir dessa missão institucional da Corte que o controle de constitucionalidade moldar-se-ia no ordenamento nacional, assumindo as feições que os próximos capítulos delinearão com os devidos pormenores

---

<sup>28</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO; *op. cit.*, pp. 1.025 e 1.026.

<sup>29</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO; *op. cit.*, p. 1101.

## 2.8 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO: CONFLITOS DENTRO DO SISTEMA

É inegável que a experiência jurídica nacional deriva da tradição jurídica romano-germânica, com suas peculiaridades e institutos próprios. O sistema jurídico brasileiro confere supremacia à lei e em seus primórdios somente pela lei criavam-se obrigações, conforme exposição acima. O Parlamento, por muito tempo, fora a instância vocacionada à preservação da Constituição e à satisfação da vontade democrática.

Não obstante sua filiação à *civil law*, o Brasil adota, em 1891, um sistema difuso, incidental e concreto de controle de constitucionalidade; sem, todavia, conferir eficácia vinculante às decisões da Suprema Corte, mesmo dentro do próprio Poder Judiciário. Em outros termos, tentou-se transplantar apenas parte de uma experiência jurídica estrangeira bem sucedida para o ordenamento pátrio, sem que se atentasse ao fato de que o sucesso do controle difuso residia justamente no fato de que, para manter a coesão e racionalidade do sistema<sup>30</sup>, as decisões de (in) constitucionalidade proferidas pela máxima autoridade judiciária deveriam ser respeitadas.

A manutenção dos institutos da *civil law* em coexistência com um sistema próprio da *common law*, inevitavelmente, produziu diversas antinomias no sistema. Uma delas é a própria contradição no fato de uma lei, ao ser julgada em face da Constituição pelo tribunal máximo e ‘condenada’, por assim dizer, permanecer produzindo efeitos no Direito nacional e deixar de ser aplicada apenas no específico caso concreto em que fora afastada<sup>31</sup>.

Outra das antinomias verificadas decorre justamente dessa primeira – a impossibilidade de vincular os demais juízos e a Administração às decisões de (in) constitucionalidade gerou uma multiplicação irracional e desnecessária de processos, ocupando sobremaneira o Supremo Tribunal Federal e o Judiciário enquanto um todo<sup>32</sup>. E isso, como é de se imaginar, enfraquecia a tutela à constituição e aos direitos fundamentais por ela garantidos.

Por outro lado, a adoção de um sistema de caráter abstrato, semelhante ao austríaco, embora por diversas vezes haja sido considerado pelos constituintes brasileiros<sup>33</sup>, somente fora implementado em 1965, pela EC nº 16 à CF/46 – e isso em resposta a problemas no controle

---

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. 1ª Ed., São Paulo; Thomson Reuter Brasil, 2021, pp. 1179 a 1190.

<sup>31</sup> CONTINENTINO, *op. cit.*, pp. 2530 e 2531.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 2535.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 2531.

difuso, conforme apresentado acima. Ora, fala-se aqui de uma ferramenta do processo objetivo complementando operações da tutela concreta à Constituição.

O sistema abstrato recebera poderoso reforço sob a Constituição de 1988, em reação à necessidade de criação de uma ordem constitucional imune, ou ao menos mais protegida, contra experiências antidemocráticas. Não obstante, ao mesmo tempo em que se expandiu e se fortaleceu, tal sistema se descaracterizou em parte.

Em outros termos, observou-se que o processo constitucional abstrato, a fim de levar a cabo sua missão de tutelar a Constituição por todos os ângulos – desde o direito federal e estadual, ao direito municipal e até mesmo ao direito pré-constitucional vigente –, teve de assimilar características da lide constitucional, isto é, do controle concreto e incidental<sup>34</sup>. Vislumbrou-se a necessidade de técnicas e procedimentos, no bojo das ações diretas, que lhes conferissem uma maior legitimidade democrática, assim como formas de abrir os olhos do Supremo Tribunal Federal a fatos relevantes para a correta interpretação de uma determinada norma, que não pode ser considerada apenas em si mesma, mas num panorama mais amplo, que engloba seus efeitos, o cenário político de sua produção, o debate social em torno do tema, a relação entre os poderes constituídos, entre outros fatores.

Justamente essa mutação dos clássicos modais de controle de constitucionalidade – com apropriações mútuas de categorias, institutos e procedimentos entre as duas tradicionais vias – e sua convergência na formulação de um modelo híbrido *sui generis* de controle ‘à brasileira’ é que será analisada nos capítulos seguintes. Inicialmente, tratar-se-á de tema já muito estudado pela doutrina, mas não completamente pacificado e amadurecido pela jurisprudência, a saber: a objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Em seguida, serão abordados os incrementos feitos à via abstrata de controle e a forma como estes a tornaram, substancialmente, mais concreta.

---

<sup>34</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1195.

### 3. ABSTRATIZAÇÃO DA VIA CONCRETA DE CONTROLE

#### 3.1. O QUE É O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE?

Nas breves linhas traçadas acima, as quais pretenderam conferir subsídio histórico para melhor instrução do tema desta pesquisa, muito se falou a respeito da modalidade concreta, incidental, difusa ou por via de exceção de controle de constitucionalidade. Como naquela oportunidade o conceito não fora melhor delineado, parte-se a uma breve consideração a seu respeito<sup>35</sup>.

Este modelo é chamado concreto em razão de o juízo de (in) constitucionalidade ocorrer no bojo de uma ação concreta, isto é, de estar vinculado a um caso real, *concreto* – com partes e pretensões resistidas que buscam ser satisfeitas pelo Judiciário. Em casos tais, a avaliação da (in) constitucionalidade constitui mera questão prejudicial à resolução da causa, de modo que resolvê-la é um objetivo instrumental do processo, sendo a tutela a específico bem da vida o objetivo final.

Pode-se também chamar tal modalidade de incidental, caso o ordenamento preveja que a questão de constitucionalidade deva ser aferida a partir de um incidente processual. Vale observar que, embora os incidentes processuais surjam em lides concretas e específicas, isto é, em processos subjetivos, a análise de constitucionalidade não necessariamente dar-se-á *in concreto*. Em outros termos, é possível existir um controle de constitucionalidade incidental, porém abstrato, como no caso da Justiça Constitucional Alemã e Italiana<sup>36</sup>, nos quais a Corte Constitucional dirime a questão incidental de (in) constitucionalidade.

Diz-se também que tal controle é difuso. Isso se dá tendo em vista que, em sistemas de tal natureza, todos os órgãos julgadores detêm a competência para analisar a constitucionalidade das leis, podendo negar-lhe aplicação no caso concreto caso identifiquem contradição da norma com o direito constitucional. Em outros termos, diz-se que é um controle difuso em razão de a competência para avaliar a (in) constitucionalidade não estar concentrada em um único órgão.

Por fim, o termo via de exceção explica-se ao sistema em comento em oposição às categorias da via abstrata de controle. Como tal via é chamada via principal ou direta de acesso à jurisdição constitucional, os demais meios de acesso a ela são tidos como excepcionais.

---

<sup>35</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O Controle Abstrato de Constitucionalidade sob o Enfoque dos Princípios Processuais*. 2010, 241 f., dissertação – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 61.

<sup>36</sup> “O controle incide sobre uma questão de constitucionalidade prejudicial ao julgamento do mérito, capaz de ser instruída pelo Juiz e levada ao conhecimento da Corte, titular exclusiva do poder de decidir sobre a compatibilidade entre a lei e a Constituição” (MARINONI, *op. cit.*, pp. 1205 e 1206).

Tendo em mente as noções acima, parte-se a breve digressão histórica a respeito do surgimento desta modalidade de controle.

Como se sabe, o controle difuso de constitucionalidade foi primeiramente<sup>37</sup> observado no ordenamento jurídico estadunidense. Seu surgimento, a partir de uma perspectiva jurídica de *civil law*, é no mínimo curioso: não fora nenhuma lei, tampouco disposição da Constituição que delineou o sistema de controle norte-americano.

A atribuição geral de aplicador e intérprete<sup>38</sup> da legislação fez com que o Poder Judiciário assumisse para si a responsabilidade pela guarda da Constituição, na medida em que ela é “lei contra a qual não pode subsistir incompatibilidade provocada por outra lei, de escalão inferior”<sup>39</sup>. Dito de outra forma, é devido à necessidade de preservação dos preceitos sociais mais caros à sociedade, positivados na Carta Maior, que o Poder Judiciário assumiu a tarefa de fiscalizar os atos infraconstitucionais<sup>40</sup>.

O entendimento em questão originou-se do famoso caso *Marbury vs. Madison*, presidido pelo célebre *Judge Marshall* e no qual se debatia, entre outras questões, a aplicabilidade do *Judiciary Act of 1801* na lide concreta. Ao recusar sua aplicação, em virtude da contrariedade do diploma ao preceito constitucional, a Suprema Corte instaurou em nível federal<sup>41</sup> o controle difuso-incidental de constitucionalidade no ordenamento americano definitivamente.

---

<sup>37</sup> A respeito do surgimento do controle e afastamento judicial dos atos normativos, vale conferir o debate em torno do histórico caso *Bonham*, ocorrido no ordenamento inglês – neste icônico julgamento, em contraposição ao tradicional poder régio ilimitado e como forma de, igualmente, limitar o Parlamento, o Chefe de Justiça Edward Coke afastou a incidência de uma lei em vista de ser ela desarrazoada e contrária aos preceitos firmados no *common law*. Para maiores detalhes, conferir BEDICKS, Laura Baracat. *Sistema difuso de controle de constitucionalidade e civil law no Brasil – eventuais relações*. 2017. 134 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, pp. 44 e 45.

<sup>38</sup> BEDICKS, *op. cit.*, p. 46.

<sup>39</sup> HERANI, Renato Giuliano. *A prova da inconstitucionalidade das leis na Justiça Constitucional brasileira*. Dissertação em doutorado em Direito do Estado, subárea de Direito Constitucional – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 106.

<sup>40</sup> ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF. 2001. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015, p. 16.

<sup>41</sup> Fala-se em nível federal em razão de, conforme aponta Rafael Machado (2015, p. 15), citando Uadi Lammêgo, a fiscalização das normas infraconstitucionais em face da Carta Maior já ocorrer no âmbito da justiça dos Estados. Nas palavras do último autor, “a Justiça do Estado de New Jersey, nos idos de 1780, já havia declarado que leis contrárias à constituição reputavam-se nulas. Em 1782, um grupo de juizes da Virgínia declararam (*sic*), em seus vereditos, que leis inconstitucionais afiguravam-se nulas. No ano de 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da Confederação. Todas essas datas demonstram o quão é equivocada a ideia de que “o controle difuso nasceu do caso *Madison versus Marbury*”. Na realidade, o decisum de Marshall resultou do amadurecimento de séculos. Homens e instituições, de todo o mundo, exigiam o respeito incondicional às normas constitucionais, a fim de se encontrar a tão almejada salvaguarda de direitos e garantias.

A nota distintiva desse sistema, que viria a ser conhecido como *judicial review*, é a obrigatoriedade de observância pela Administração e pelo Judiciário dos precedentes judiciais, sobretudo daqueles firmados pela Suprema Corte. Inclusive, é a partir de um julgado específico que a regra em comento – *i.e.*, o *stare decisis* – passou a ser aplicada obrigatoriamente em todo o território dos Estados Unidos. Refiro-me ao emblemático caso *Cooper vs Aaron*, no qual se determinou que a decisão da Corte tomada no caso *Brown*, um precedente, constituiria “*supreme law of the land*” e que, portanto, tal decisão estaria dotada de efeito vinculante (*binding effect*) em relação aos demais juízes e à Administração<sup>42</sup>.

Tal é a formulação original do sistema difuso<sup>43</sup> americano: supõe-se um caso concreto no qual será verificada eventual (in) constitucionalidade; a questão constitucional não é o objeto da lide apreciada pela Suprema Corte, mas sim uma questão prejudicial a seu julgamento; e as decisões firmadas pela Corte devem ser obedecidas pela Nação. Outrossim, aplica-se no direito americano a teoria da nulidade da lei inconstitucional, de modo que esta é reputada inválida desde seu nascedouro, cumprindo ao julgador a declaração de invalidade do ato com efeitos retroativos<sup>44</sup>.

### 3.2. ABSTRATIZAÇÃO OU RACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO? O PROBLEMA DO CONTROLE DIFUSO “À BRASILEIRA”

O ordenamento nacional passou a adotar, conforme visto no capítulo anterior, o controle difuso de constitucionalidade a partir da Constituição Provisória de 1890 (Decreto nº 510/1890), modalidade que fora confirmada pela Constituição da República de 1891 e que está presente no ordenamento nacional desde então, sobrevivendo tanto aos capítulos democráticos da história brasileira, quanto aos autoritários.

Como ressaltou-se anteriormente, a imbricada tradição de *civil law*, presente no imaginário jurídico e na tradição institucional de nosso ordenamento, impediu que o controle

---

*O próprio Alexander Hamilton, após a aprovação da Carta americana de 1787, advertiu que nenhum ato legislativo que lhe fosse contrário poderia ser válido”.*

<sup>42</sup> A decisão da Suprema Corte fundou-se no argumento de que o dever geral de proteção à Constituição, constante do art. 6º da Carta Maior americana, obrigaria os agentes públicos a rejeitarem leis que ferissem aquela mesma Constituição. Para maiores detalhes, conferir MARINONI, 2021, p. 1183.

<sup>43</sup> DUTRA, *op. cit.*, p. 62.

<sup>44</sup> À diferença do modelo idealizado por Kelsen, em que a decisão que anula a lei constitucional possuiria efeitos prospectivos.

difuso fosse reproduzido em sua íntegra. O que houve, na realidade, fora uma adaptação ou adoção parcial do modelo americano de controle de constitucionalidade.

Por um lado, o art. 60, §1º da Carta 1891, densificado pelo art. 13, da Lei nº 221/1894, conferiu aos órgãos jurisdicionais o poder-dever de avaliar a constitucionalidade das leis ou atos normativos antes de aplica-los no caso concreto. Por outro lado, manteve-se o Parlamento como sendo a única instância legítima para dizer o Direito em definitivo e, conseqüentemente, a única instituição capaz de vincular a todo o ordenamento com suas decisões.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais inferiores estariam impedidos de criar precedentes com um mínimo que fosse de obrigatoriedade geral, visto que os demais órgãos julgadores não necessariamente deveriam cumprir as disposições de seus julgados. Em outros termos, ainda que, *e.g.*, o STF declarasse a inconstitucionalidade de uma lei no bojo de um recurso, os juízes ordinários poderiam, caso por sua vez entendessem-na constitucional, continuar a aplica-la no caso concreto.

O constituinte de 1891 e os arquitetos do ordenamento nacional que lhe seguiram deixaram de fora do arranjo do controle difuso de constitucionalidade uma de suas ferramentas mais importantes, senão a de fato mais importante: a obrigatoriedade de observância das decisões de (in) constitucionalidade da Corte Suprema, instituto que garante estabilidade, racionalidade e segurança jurídica ao sistema<sup>45</sup>.

Conforme asseverou Cappelletti<sup>46</sup>, observando o ordenamento italiano no período pós-guerra, o implante de um instituto como o controle difuso americano, oriundo de uma tradição jurídica de *common law*, em um sistema de *civil law*, permitira que uma lei fosse, concomitantemente, aplicada por alguns juízes, afastada por outros – ou mesmo aplicada por um juízo em um tempo e rejeitada por ele em outro. Haveria, outrossim, a hipótese de aplicação simultânea das leis por juízes diversos, porém com cada qual atribuindo-lhe alcance e sentido distinto, formando verdadeiras “facções jurisprudenciais”.

Em suma, tal arranjo institucional, que atribui a todos os magistrados o juízo de constitucionalidade, sem conferir obrigatoriedade geral às decisões da Corte Suprema, possibilita a ocorrência de graves incertezas no Direito e catalisa a ocorrência de conflitos no âmbito do próprio Poder Judiciário, na medida em que a autoridade de seu órgão de cúpula é

---

<sup>45</sup> MARINONI, 2021, pp. 939 a 943.

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968, pp. 62 e ss.

minimizada. Nas palavras de Marinoni<sup>47</sup>, “é até difícil admitir como “jurídico” um sistema” que abarca tamanha contradição.

A experiência histórica brasileira confirma os temores e as críticas de Cappelletti e Marinoni, de maneira que, já no texto constitucional de 1934, conforme tratou-se anteriormente, buscou-se a inserção no ordenamento de algum mecanismo capaz de estender os efeitos das decisões de (in) constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal para o restante do ordenamento. No entanto, o simultâneo e insistente apego à tradição romano-germânica e ao controle difuso levaram o Legislador a uma opção em tese eficaz, mas ainda não tão racional e sistematicamente eficiente quanto os precedentes vinculantes: a suspensão da eficácia da lei inconstitucional por resolução do Senado Federal. Ademais, outra tentativa de suprir a lacuna deixada pela ausência de obrigatoriedade de observância dos precedentes constitucionais resultou na inserção, em 1965, da representação de inconstitucionalidade no Direito pátrio.

É neste contexto de busca por uma otimização do sistema de controle de constitucionalidade que surge o fenômeno denominado de objetivação ou abstratização da via difusa, processo em que se conferiria a esta modalidade de controle institutos, efeitos e procedimentos próprios da via abstrata, especialmente no que tange à possibilidade de atribuição de eficácia geral e efeitos vinculantes a decisões proferidas em recursos endereçados à Suprema Corte.

No entanto, pelo que se expõe a seguir, é possível entender que falar de abstratização do controle concreto de constitucionalidade implica certo desconhecimento<sup>48</sup> a seu respeito, bem como certa ignorância daquilo que é a via abstrata e o próprio controle de constitucionalidade das normas<sup>49</sup>, na medida em que os efeitos supracitados não são, em si mesmos, institutos próprios da via concentrada, mas sim patrimônio comum de todo o controle de constitucionalidade.

A razão, todavia, de comumente se pensar o contrário é o fato de tais efeitos terem sido explícita e positivamente atribuídos às decisões de (in) constitucionalidade pela primeira vez na constituição austríaca de 1920 (inspirada por Hans Kelsen e que adotava modelo de caráter

---

<sup>47</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 941.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 1180.

<sup>49</sup> DANTAS, Ivo; MAIOR, Silvério Souto; SILVESTRE, Janini. *Abstrativização do controle difuso brasileiro e suas múltiplas facetas*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, vol. 10, n. 18, p. 67, jan-jun. 2018.



abstrato), muito embora já fossem aplicados desde 1808 na jurisdição estadunidense, pela via da jurisprudência.

A tradição kelseniana encontrou a eficácia *erga omnes* do controle de constitucionalidade na natureza das decisões que atribuem efeito à Constituição<sup>50</sup>; pois, ao declarar a inconstitucionalidade de uma determinada lei, Kelsen<sup>51</sup> considera que a Corte Constitucional faz as vezes de verdadeiro legislador negativo e que sua decisão possui, portanto, características semelhantes às de uma lei ab-rogatória.

Dito de outra forma, a decisão apta a retirar do ordenamento, ou ao menos a privar de efeitos, um ato dotado de eficácia geral e efeitos vinculantes (como o é a lei) seria equiparável em efeitos a este mesmo ato derogado; *i.e.*, seria de mesmo caráter, natureza. A decisão que anula uma lei seria, portanto, dotada da mesma força e alcance que a própria lei.

Sendo a lei dotada de eficácia geral em todo o ordenamento e sendo sua observância algo obrigatório tanto pela Administração quanto pelo Judiciário, de mesmas prerrogativas, portanto, revestir-se-ia a decisão final de inconstitucionalidade de uma Corte Suprema ou Constitucional.

A tese em tela encontra respaldo doutrinário entre aqueles teóricos denominados “ontológicos”<sup>52</sup>, na exata medida que aqui sustenta-se que o controle de constitucionalidade em si mesmo, independentemente da via em que é exercido, tem como característica essencial a análise da validade da lei.

Se em ambos os modais exerce-se essencialmente a mesma atividade, por que razão os efeitos decorrentes da decisão de (in) constitucionalidade proferidas em uma ou outra via deveriam ser distintos, ao menos no que tange à questão constitucional?<sup>53</sup> Nessa sorte, é possível concluir que não é o modal de controle de constitucionalidade que determina os efeitos da decisão, mas sim, conforme enuncia Kelsen<sup>54</sup>, seu caráter de legislação negativa<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1181.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 149 a 155.

<sup>52</sup> DANTAS, MAIOR, SILVESTRE; *op. cit.*, pp. 67 a 69.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>54</sup> KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 190 a 191.

<sup>55</sup> Essa crença, vale observar, era tão arraigada no pensamento kelseniano que constituiu o motivo pelo qual, no modelo por ele concebido, o controle de constitucionalidade deveria ser exercido de forma concentrada e não por todo e qualquer juiz. Nas palavras de Marinoni (*op. cit.*, p. 1182), “[...] a obviedade de que as decisões de inconstitucionalidade dizem respeito a todos foi exatamente o que fez Kelsen se convencer do perigo de se atribuir aos tribunais comuns o poder de controlar a constitucionalidade”.

A concepção ontológica, todavia, recebe diferentes contornos práticos a depender do ordenamento em que se insere, sem perder de vista seu núcleo essencial elencado acima. Por um lado, na tradição romano-germânica em que vivia Kelsen, na qual os precedentes da Suprema Corte, vista meramente como última instância recursal, não vinculavam aos demais tribunais, conferir a todos o poder de decisão geral sobre a constituição era algo visto como perigoso, tanto por motivos de insegurança jurídica, quanto pelo problema do alcance das decisões.

Nessa sorte, o autor concebeu uma Corte Constitucional, apta a dirimir, com jurisdição e autoridade gerais, os conflitos constitucionais, expressamente dotando de caráter vinculante suas decisões.

No ordenamento americano, por outro lado, chegou-se a resultado semelhante, mas a partir de operações próprias da tradição de *common law*. Conforme assentou-se anteriormente, a Suprema Corte já era vista no ordenamento estadunidense como intérprete final das leis, possuindo indiscutível autoridade sobre toda a nação. Já os efeitos vinculantes de suas decisões de inconstitucionalidade foram reconhecidas no mencionado *Cooper vs. Aaron*, quando a Corte assentou que a regra do *stare decisis* é encontrada no princípio do Estado de Direito (*rule of law*), na medida em que “o precedente vinculante assegura que o direito não se altere de forma errática e permite que a sociedade presuma que os princípios fundamentais estão fundados no direito (law) ao invés de nas inclinações dos indivíduos”<sup>56</sup>.

Assim, não é difícil perceber que o *binding effect* da decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte dos Estados Unidos, tal como a eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes das decisões da Corte Constitucional austríaca, assentam-se sobre as mesmas premissas, ainda que revestidas de roupagens distintas e operacionalizadas por meios diferentes em razão das peculiaridades de cada um dos sistemas observados.

Ambos têm em vista que uma decisão que determine o sentido da Constituição, lei máxima do ordenamento, e que seja proferida pela mais alta instância judiciária ou pela instância julgadora da própria jurisdição constitucional deve ser dotada de efeitos gerais e ser de cumprimento obrigatório.

A autoridade geral do órgão que julga a questão de (in) constitucionalidade é que garante tal aplicação, e o fato de a decisão dizer respeito a todos e à Constituição, justamente por se

---

<sup>56</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1207.

referir à retirada do ordenamento de uma lei que é aplicada universalmente, é que justifica a atribuição de efeitos vinculantes<sup>57</sup>.

Percebe-se, portanto, certa incoerência na opção legislativa e constitucional brasileira ao longo da história. Ainda que haja ocorrido motivos<sup>58</sup> históricos, políticos e sociais que justificassem não se atribuir positivamente às decisões do STF em controle difuso efeitos vinculantes e eficácia geral; a partir de uma perspectiva lógico-jurídica é possível afirmar que o arranjo brasileiro inevitavelmente levaria à produção de antinomias severas, como a insegurança jurídica, a aplicação de leis inconstitucionais e o assoberbamento do Supremo e do Judiciário em geral.

Nessa toada, considerando o arranjo constitucional hodierno, a manutenção de um controle difuso nos moldes que se vinha adotando produziria uma contradição que saltaria aos olhos, sobretudo ao se considerar a expressa missão constitucional atribuída pelo constituinte originário ao Supremo Tribunal Federal. Considerando, sob uma ótica neoconstitucionalista<sup>59</sup>, que a esta Corte compete a guarda da Constituição, não é concebível que tal atribuição seja exercida somente no bojo das ações diretas. É incongruente estabelecer o Supremo como guardião constitucional e, simultaneamente, tolhê-lo a ponto de que não possa exercer seu mandato na via incidental de controle. E isso pois, como sobredito, as cortes de vértice do ordenamento são detentoras de uma autoridade capaz de alcançar a todos, ao mesmo tempo que a matéria constitucional é uma matéria que diz respeito a toda a sociedade.

De mais a mais, é válido considerar a antinomia que reside nas próprias operações envolvidas na declaração de (in)constitucionalidade pela Corte e como é premente sua eliminação.

Ora, para que o Supremo Tribunal Federal declare a (in) constitucionalidade de lei ou ato normativo, seja em sede de Ação Direta, seja em sede de Recurso Extraordinário, é necessário que ao menos seis ministros se manifestem em um mesmo sentido. Não obstante, somente no processo objetivo é que a *ratio decidendi* eventualmente estabelecida e que a dispositivo firmado devem ser obrigatórios, legando à discricionariedade dos demais julgadores

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 939 a 962.

<sup>58</sup> CONTINENTINO, *op. cit.*, p. 2537.

<sup>59</sup> JUNIOR, George Sarmento Lins; JUNIOR, José Ailton da Silva. *O neoconstitucionalismo no Brasil e o protagonismo do poder judiciário*. *Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife*. Recife, vol. 88, n. 1, pp. 76-100. Jan./jun., 2016.

e da Administração a observância ou não das decisões e dos motivos firmados, por vezes, pela mesma maioria, no processo incidental.

É patente a contradição existente em um sistema com tais contornos. O Supremo, como sobredito, tutela a ordem constitucional de maneira especial e o controle de constitucionalidade é o meio por excelência para o exercício de tal missão. Nesse sentido, o consenso dos ministros é a forma máxima de atribuição de sentido à Carta maior, de modo que não pode ser tão simplesmente menosprezado. Nesse sentido, doutrinadores como Marinoni<sup>60</sup> asseveram:

“A *ratio decidendi* que se forma no julgamento do recurso espelha o sentido que a Corte atribui à Constituição, não tendo motivo para se ver revestida de menor autoridade do que qualquer decisão proferida no controle concentrado.”

No mesmo sentido, leciona Faidiga<sup>61</sup>

Se o STF é o guardião da Constituição e só reconhece a inconstitucionalidade por decisão de seu plenário, não se justifica diferenciar se a decisão ocorreu em sede de controle difuso ou concentrado. Em um ou outro caso, o *custus maximus* da Constituição, por seu plenário, decidiu pela inconstitucionalidade da norma.

Percebe-se, assim, que “a decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em *abstrato*”<sup>62</sup>, independentemente da via eleita – direta ou incidental, de sorte que não é somente em sede de Ação Direta que o Supremo decide a respeito da Constituição, mas também no bojo do Recurso Extraordinário; sobretudo pois, ao contrário do que se convencionou pensar, tal meio recursal não se presta tão somente à tutela dos direitos das partes, mas também à *tutela da própria ordem constitucional*, sobretudo a partir da EC n. 45, como ver-se-á adiante.

A missão integral do Supremo exclui a possibilidade de pensar que, somente por se tratar de um procedimento com partes concretas, a Corte não buscará a máxima efetividade e proteção da ordem constitucional, pois no paradigma atual não constitui ela um mero tribunal de apelação<sup>63</sup>.

Nessa sorte, é realmente inapropriado falar em abstratização do controle difuso ou em objetivação da via concreta, em razão da paulatina atribuição de efeitos gerais e de obrigatoriedade de sua observância, uma vez que tais atributos estiveram presentes neste modal de controle desde seu surgimento.

---

<sup>60</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1187.

<sup>61</sup> FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito vinculante e declaração incidental de inconstitucionalidade*. Curitiba: Jarúá, 2010, p. 155.

<sup>62</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 88.

<sup>63</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 957.

Pelo contrário, o fenômeno que se observa, na realidade, é a racionalização do sistema brasileiro de controle incidental de constitucionalidade, visto que a experiência jurídica nacional dá mostras de se render a finalmente completar o controle difuso pátrio, tornando os precedentes firmados em seu bojo verdadeiros precedentes constitucionais obrigatórios. Os meios pelos quais o fenômeno da racionalização do controle incidental *brasileiro* tem ocorrido são o assunto do tópico que segue.

### 3.3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, O FILTRO DA REPERCUSSÃO GERAL E OS PRECEDENTES VINCULANTES NA RACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO

O Recurso Extraordinário (REx) é o instrumento por excelência da via difusa de controle de constitucionalidade. Por meio dele, a Constituição pode obter sentido a partir de um caso concreto e ter suas disposições efetivadas com a devida atenção aos fatos econômicos, políticos e sociais. É no bojo deste apelo que muitas leis e atos normativos, por vezes ignorados pelos legitimados das ações do controle concentrado, são impugnados diante do Supremo Tribunal Federal, de modo que se pode dizer que é um dos instrumentos essenciais à tutela da ordem constitucional e de legitimação democrática da atuação do STF.

Mais recentemente, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o REx adquiriu, ainda, a função de formar precedentes constitucionais<sup>64</sup>, na medida em que se introduziu no ordenamento, como requisito de sua admissibilidade, o filtro da repercussão geral.

Conforme ver-se-á a seguir, a conjugação deste novo instituto constitucional com a densificação legislativa a ele conferida fez com que o ordenamento jurídico nacional e seu modelo difuso de controle de constitucionalidade adquirissem novas feições, mais lógicas e mais aptas à tutela da Carta Magna e de seus princípios.

Pois bem, à guisa de introdução desta discussão, vale colacionar os principais dispositivos que regem a repercussão geral, a começar pela redação do art. 102, §3º da Constituição:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

---

<sup>64</sup> MARINONI, *op. cit.*, pp. 1201 a 1212.

Sendo o dispositivo acima norma de eficácia limitada<sup>65</sup>, segue abaixo a necessária complementação legislativa, colacionada para melhor instrução desta pesquisa:

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

**§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.**

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

~~II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;~~

II - ( Revogado )

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Tendo em mente os principais marcos normativos concernentes ao instituto, é necessário o aprofundamento no conceito de repercussão geral, a fim de compreender seu papel na racionalização do controle difuso brasileiro e na formação de precedentes constitucionais.

A fórmula empregada pelo legislador faz com que a repercussão geral seja reconhecida como a conjugação entre relevância e transcendência da matéria suscitada<sup>66</sup>. Diz-se que a matéria veiculada no apelo ao Supremo é relevante, nos termos do já citado art. 1.035, §1º, quando versa sobre conteúdo econômico, político, jurídico ou social vultoso. A transcendência, por outro lado, é o reconhecimento de que a matéria suscitada é do interesse não somente das partes, mas sim de toda a sociedade e, por consequência, da própria ordem constitucional.

Posto que as delimitações acima sejam um parâmetro seguro de aferição da repercussão geral, tanto relevância quanto transcendência não deixam ser cláusulas abertas. Como se sabe, normas dessa estirpe são dotadas de um núcleo fundamental (âmbito de certeza) e de um halo conceitual (dúvida a respeito do que pode se enquadrar na cláusula), de modo a dependerem de valoração no caso concreto para terem sentido completo<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> BRANCO, MENDES; *op. cit.*, p. 97.

<sup>66</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO; *op. cit.*, p. 1101.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 1102.

Em outros termos, somente quando da apreciação de um recurso extraordinário concreto é que o Supremo poderá transformar os referidos conceitos jurídicos indeterminados em categorias aplicáveis<sup>68</sup>. A única exceção ao que se expõe aqui são as duas hipóteses, também destacadas acima, em que a repercussão geral é presumida, quais sejam: as decisões que contrariem as súmulas ou jurisprudência dominante do STF (sem apontar o *overruling* ou o *distinguishing* do caso) e as que, tendo sido proferidas pela maioria absoluta de um determinado tribunal, declarem a inconstitucionalidade de certa lei federal ou tratado internacional<sup>69</sup>.

O reconhecimento da repercussão geral, como aponta o §1º do art. 1.035/CPC, encontra claros limites hermenêuticos, o que cerceia a discricionariedade da Corte quando do seu reconhecimento e, por conseguinte, direciona o trabalho do Supremo ao já supracitado dever de tutela e efetivação da Carta Maior.

Entre as limitações aventadas, consigna-se que a própria Constituição confere ao intérprete um vasto aparato normativo que pode ser utilizado<sup>70</sup> como norte quando da aferição da repercussão geral. Na realidade, não somente o Supremo pode valer-se de tais normas, como também é obrigado a fazê-lo, pois elas estão certamente presentes no halo conceitual da transcendência e da relevância econômica, política, social e jurídica exigidas.

Toma-se por exemplo o que segue: a Carta maior, em seu Título VII, trata da Ordem Econômica (arts. 170 a 192); o título VIII regula a Ordem Social (arts. 193 a 232); o Título II trata dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com outros dispositivos, como os arts. 145 e subsequentes (direitos fundamentais em matéria tributária). Ora, tais normas certamente tornam mais claro o que a Constituição entende por relevante em cada um desses âmbitos, de modo que a análise da repercussão geral as deve levar em conta.

Quanto à aferição da transcendência da matéria recursal, os direitos fundamentais, considerados por si só, já constituem um bom norte interpretativo e apresentam indícios de extrapolação do mero interesse subjetivo, pois são “objetivamente considerados uma tábua mínima de valores de determinada sociedade [...], cujo respeito interessa a todos”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Vale ainda consignar que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de preenchimento concreto das categorias indeterminadas da “transcendência” e da “relevância”, não possui uma discricionariedade tão larga. O que se objetiva dizer aqui é que, a partir da introdução da repercussão geral, embora a Corte tenha sido dotada do poder de escolher os casos que vai julgar, uma vez que a escolha é feita, não pode ser retratada. Assim, reconhecida repercussão, o STF deve julgar a matéria no mérito.

<sup>69</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO; *op. cit.*, p. 1101.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 1104.

<sup>71</sup> *Ibid.*; p. 1105.

Nessa toada, é evidente como o filtro da repercussão geral faz com que a discussão a ser levada ao Supremo tenha, necessariamente, de ser dotada de um caráter mais geral do que aquele que a simples demanda subjetiva pode oferecer. O Recurso Extraordinário, ao ter de debruçar-se sobre matéria de caráter relevante econômica, política, social e/ou juridicamente relevante, a fim de ser admitido à análise da corte, perde sua tradicional feição de apelo das partes e passa a assumir o caráter de unguento às chagas da constituição.

Dito de outra forma, percebe-se que a repercussão geral – além de mera barreira processual, apta a aliviar o STF da sobrecarga processual<sup>72</sup> – colocou em evidência a essência do Recurso Extraordinário, que é justamente ser um dos instrumentos à disposição do Supremo para a tutela da ordem constitucional. Como defende Marinoni,

o Supremo Tribunal Federal não existe para resolver as disputas ou os conflitos que surgem no cotidiano das pessoas e das empresas. [...] Longe disso, **sua função é colaborar para a atribuição de sentido à Constituição e para o seu desenvolvimento** diante da evolução da sociedade. Os casos e, portanto, **os recursos extraordinários, são apenas meios que lhe dão condições de cumprir sua função.**<sup>73</sup>

O autor<sup>74</sup> em tela, verdadeiramente convicto de que o Recurso Extraordinário inclina-se mais ao cumprimento da missão do Supremo Tribunal Federal do que à satisfação das partes, chega a defender corajosamente que este recurso não é um direito subjetivo dos litigantes. Marinoni postula que a vedação ao *non liquet* não é descumprida por tal arranjo, na medida em que o direito fundamental à tutela jurisdicional exaure-se nas instâncias ordinárias, de modo a restar às Cortes Superiores um papel reservado à tutela do ordenamento como um todo, não tanto das partes individualmente consideradas.

Nessa toada, para o autor, a partir da EC nº 45, não há qualquer estranhamento em o Supremo Tribunal Federal negar seguimento a um recurso extraordinário amparado por alguma

---

<sup>72</sup> Como demonstram Dantas, Silvestre e Souto Maior (*op. cit.*, pp. 66-67), existe certa corrente doutrinária, denominada pragmática, que defende a generalização dos efeitos das decisões do controle concentrado principalmente pelos resultados concretos que uma dita abstratização pode proporcionar, qual seja: a diminuição do asoberbamento do Poder Judiciário em geral e do Supremo em específico. Conforme os autores colacionam, “a preocupação quantitativa é frequentemente encontrada nos discursos sobre a necessidade de similarização entre os sistemas de controle de constitucionalidade” (*Ibid.*, p. 66). Frisam eles, contudo, que o argumento pragmático não é apto à superação de outras antinomias existentes no sistema, de modo que, se por um lado a utilidade da extensão dos efeitos das decisões do Supremo em controle difuso é algo desejável para o melhor funcionamento do aparato judicial, não é o único motivo pelo qual tal fenômeno deve ocorrer e se consolidar no Direito pátrio.

<sup>73</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 510.

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 522 a 525.



das hipóteses do art. 102, III, caso não seja ele dotado de repercussão geral<sup>75</sup>. Dito de outra forma, ainda que, por exemplo, um acórdão de um Tribunal de Justiça contrariasse dispositivo da Constituição, estando ausentes a relevância da matéria e a transcendência, a Corte poderia abster-se de julgar o REx interposto contra o *decisio*.

Contudo, de fato, não deve tal hermenêutica espantar o leitor, visto que a repercussão geral foi inserida no ordenamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, pois nada há de mais natural no ordenamento que a rejeição de um recurso que não preenche seus requisitos próprios.

A diferença, porém, do REx para os apelos ordinários é que, como visto, sua admissibilidade está atrelada também e principalmente ao desenvolvimento da ordem constitucional. Conforme pontua Gilmar Mendes<sup>76</sup>, o instituto da repercussão geral representa verdadeiro

sistema de prestação jurisdicional compartilhada, no qual a Corte Suprema abandona o exame repetitivo de feitos individualizados para **julgar *cases paradigmáticos*, fixando teses sobre determinados temas as quais, por seu turno, norteiam os demais órgãos judiciais** para que, ao analisarem demandas múltiplas, apliquem os entendimentos firmados sobre os temas respectivos nos processos-paradigmas da repercussão geral.

A produção de teses jurisprudenciais capazes de orientar as decisões dos tribunais inferiores e até mesmo de vinculá-los é precisamente o que se expôs acima largamente, ao tratarmos do papel institucional de uma Corte de Vértice e da natureza de uma decisão que confere sentido à Constituição.

Reprisando a referida argumentação, como as Cortes Supremas, tal qual o é o STF, revestem-se de uma atribuição mais abrangente do que a apreciação de conflitos meramente subjetivos, sendo destinadas ao desenvolvimento da ordem constitucional e à manutenção desta; e em razão de as decisões em Recurso Extraordinário serem instrumentos a serviço de sua missão, bem como pelo de fato do controle de constitucionalidade nunca interessar somente à partes<sup>77</sup> – por tais motivos é que, caso a opção institucional de um determinado ordenamento seja o controle difuso e incidental, a existência de institutos semelhantes às teses jurisprudenciais, referidas pelo ilustre Ministro Gilmar, tornam-se uma necessidade, um

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 524.

<sup>76</sup> FILHO, José S. Carvalho; MENDES, Gilmar Ferreira. *Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em controle incidental*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: vol. 11, n. 20, p. 179-201, jan-jul, 2019, pp. 184 e 185.

<sup>77</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1188.

imperativo para que o sistema mantenha a coerência, a estabilidade e assegure a segurança jurídica.

Novamente, a fim de complementar a exposição, valho-me das palavras do Ministro, segundo o qual “não se pode negar que as decisões de inconstitucionalidade proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral expandem seus efeitos para além das partes do processo subjetivo paradigma”<sup>78</sup>, de modo que “se pode vislumbrar uma eficácia geral”<sup>79</sup>.

Assim, é possível concluir a respeito da repercussão geral que este é um instituto vocacionado à criação dos precedentes constitucionais. Ora, este é o filtro que permite que o Supremo olhe para a realidade social e distinga, a partir de um caso concreto que se lhe apresenta, situações que demandam uma resposta constitucional adequada; isto é, a partir do reconhecimento ou não do instituto, o STF reconhece a abrangência e o impacto de um dado evento ou conjunto de eventos e pode, com isso, efetivar o projeto constitucional no cenário concreto<sup>80</sup>.

Porém não somente nele! Se a repercussão reconhecida é *geral*, significa também que gerais serão os efeitos da tutela concedida pela Corte, quando do julgamento do recurso extraordinário. Desse modo, decidir em recurso extraordinário passa a não ser mais apenas decidir sobre a demanda intersubjetiva das partes, mas sim decidir o sentido da Constituição e colaborar para seu correto desenvolvimento.

A repercussão geral foge dos contornos do processo subjetivo clássico, visto que obriga tanto o julgador quanto as partes a analisarem os possíveis impactos da questão suscitada no recurso, sobre os jurisdicionados da Constituição Federal.

Não basta, como sobredito, que a parte sozinha tenha sido lesada por um tribunal inferior – *é necessário que a sociedade e a própria ordem constitucional sejam afetadas para que o Supremo analise o feito e lhe dê a tutela merecida*. Nas palavras de Marinoni<sup>81</sup>, “restringir as decisões em recurso extraordinário a questões com *repercussão geral* nada mais é do que dizer que a Corte *só deve decidir questões que interessem a todos*”.

---

<sup>78</sup> Basta, para tal conclusão, a leitura dos §§5º, 7º e 8º do art. 1.035/CPC – tais dispositivos elencam hipóteses em que os efeitos das decisões acerca da repercussão geral no Recurso Extraordinário atingem partes outras que não as da demanda em que o *decisio* fora proferido.

<sup>79</sup> MENDES, 2019, pp. 185 e 186.

<sup>80</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 512.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 960.

Não obstante, como sobredito, a previsão constitucional do art. 102, §3º por si só não é suficiente para a promoção dessa tutela constitucional mais ampla, tendo em vista que carece de densidade normativa.

Em vista de efetivar este projeto do constituinte reformador e de otimizar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, bem como o processamento das ações em geral, o legislador infraconstitucional completou as disposições do Texto Maior e proveu o ordenamento com os principais marcos de um sistema de precedentes à brasileira.

Em concreto, trata-se aqui das disposições constantes no Código de Processo Civil, especificamente nos arts. 926 a 928, dentre os quais os dois primeiros interessam sobremaneira a esta breve monografia:

**Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência** e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

**Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:**

I - **as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado** de constitucionalidade;

II - **os enunciados de súmula vinculante;**

III - **os acórdãos** em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e **em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;**

IV - **os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional** e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O microsistema de precedentes elaborado nos artigos acima – e que estende sua racionalidade por todo o CPC<sup>82</sup> – provê a jurisdição constitucional com ferramentas-chave na atribuição de efeito à Constituição.

---

<sup>82</sup> Art. 1.040, IV (comunicação às agências reguladoras para cumprimento de precedente obrigatório), art. 332 (improcedência liminar do pedido quando a petição inicial contrariar precedentes obrigatórios), art. 988 (alargamento das hipóteses de reclamação para conferir maior efetividade à sistema de precedentes), entre outros artigos.

A partir de tais marcos, desenvolvidos desde o CPC/73 e aperfeiçoados na nova codificação, é possível, sem maiores receios, alocar a jurisprudência como fonte primária<sup>83</sup> e imediata de Direito. Isso, por si só, constitui uma ampla via pela qual o sentido atribuído pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição pode se comunicar com os diversos setores do ordenamento.

A introdução do instrumental acima implica que os tribunais nacionais, subordinados ao Supremo, devem, por força de lei, obediência às suas decisões e que, conseqüentemente, devem reproduzir suas razões em julgados dotados de iguais ou semelhantes circunstâncias.

Nesse sentido, o Ministro Teori Zavascki, nos autos da ilustrativa Reclamação nº 4335, assevera que a “força vinculativa dos precedentes do STF fora introduzida por via legislativa”, posição essa que o magistrado sustentou desde seus idos como Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos, por exemplo, trecho de seu voto nos autos do Recurso Especial nº 828.106/SP, em que o ministro sustenta que a extensão dos efeitos das decisões de (in) constitucionalidade do Supremo, proferidas no controle incidental, seriam aplicáveis a todos por força das disposições do CPC:

*[...] Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão" ), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”).*

Ora, apesar de até então este trabalho ter se sustentado na premissa de que as decisões de (in) constitucionalidade das Cortes Supremas são vinculantes por si só, em razão de dizerem respeito a todos e por serem emanadas de um órgão com jurisdição geral, é importante considerar que o ordenamento brasileiro ainda não se desvinculou completamente da tradição romano-germânica<sup>84</sup>. Nessa toada, marcos legislativos como os retratados são passos necessários a serem tomados rumo a um melhor ajustamento do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, movimento este que ainda não se completou.

---

<sup>83</sup> ROCHA, *op. cit.*, pp. 52 a 55.

<sup>84</sup> BEDICKS, *op. cit.*, pp. 33 a 36.

Dentre tais marcos, cumpre destacar, ainda, aqueles relativos à repercussão geral, mencionados acima, mas não explicitados. Ora, conforme se depreende da exposição em tela, o entendimento do Supremo a respeito da ausência de repercussão geral em um recurso extraordinário específico impede seu processamento pela Corte. É de se imaginar que, por força do princípio da isonomia, recursos com razões semelhantes ou iguais fossem igualmente indeferidos, a partir do mesmo raciocínio veiculado no caso piloto.

Para, todavia, garantir que o ordenamento operasse dessa maneira, o legislador fez com que tal raciocínio constasse explicitamente dos arts. 1.039, 1.042 *caput* e §2º, CPC/15. Nessa sorte, resta claro que a legislação buscou obrigar os tribunais e juízos a obedecerem os precedentes firmados pelo Supremo de uma forma geral e, de forma específica, a seguirem seus entendimentos quando do processamento do recurso extraordinário.

De mais a mais, já no sentido de direcionar este tópico à sua conclusão, cumpre consignar que precedentes nada mais são que casos emblemáticos cujas razões de decidir e dispositivos são utilizados como diretriz para a resolução de casos posteriores e análogos. Dito de outra forma, são julgamentos paradigmáticos, cuja solução pode ser estendida para casos semelhantes, por força do princípio da isonomia.

A parcela mais importante de um precedente é sua *ratio decidendi*<sup>85</sup>, isto é, a sua razão de decidir. Como o dispositivo de um acórdão proferido no controle incidental diz respeito, sobretudo, ao caso concreto apreciado, a parcela relevante para o restante da sociedade são os fundamentos de tal decisão. Ora, o dispositivo contém a tutela concreta, a partes concreta – é evidente que, a princípio, não diz respeito a ninguém além dos tutelados. Já os motivos que o fundamentam, por seu turno, aplicam-se não só àquele caso específico, mas a todos que com ele guardam semelhança. Tal é a doutrina alemã da eficácia transcendente dos motivos determinantes das decisões da Suprema Corte.

Frisa-se, contudo, que não são todos os fundamentos da decisão que estão aptos a constituir um precedente<sup>86</sup>. Somente aqueles que compõem a *ratio decidendi* do julgado é que detém tal aptidão, de modo que os demais argumentos e razões do julgador não precisam ser observados pelo restante da sociedade. Em outros termos, somente a interpretação que a Corte dá à Constituição e os motivos por trás dessa hermenêutica é que valem como precedente, e não todo o acórdão.

---

<sup>85</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 946.

<sup>86</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 946.

Apesar das controvérsias na doutrina e na jurisprudência, é possível encontrar casos em que a teoria da eficácia dos fundamentos determinantes das decisões já vem sendo aplicada. Em particular, vale colacionar um exemplo ocorrido na modalidade concentrada de controle.

A Reclamação nº 1.987 buscou-se fazer respeitar a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.162. Neste processo, o governador do Estado de São Paulo impugnou determinada instrução normativa do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a qual versava sobre sequestro de verbas no âmbito do sistema de precatórios trabalhistas. Supervenientemente à ação, fora promulgada a EC nº 30/2000, que versava sobre os pagamentos judiciais da Fazenda.

No acórdão da ADI 1.162, fora declarada a inconstitucionalidade da instrução normativa impugnada, de modo que estaria vedado o sequestro de verbas dos devedores para pagamento de precatórios nas hipóteses nela elencadas. Outrossim, no *decisio* constou explicitamente que a Emenda nº 30 não trouxe alteração à dinâmica do sequestro no âmbito dos precatórios trabalhistas. A Corte ainda asseverou que tal medida só seria permitida pela Constituição no caso de preterição do direito de preferência, sendo inadmissível em outros casos.

Ocorre que a presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT-10) determinou o sequestro de verbas do Distrito Federal para pagamento de precatório, ancorando-se não na instrução normativa declarada inconstitucional, mas sim na referida Emenda Constitucional.

Assim, fora ajuizada a Reclamação 1.987, posteriormente julgada procedente. De fato, a ilustre presidente do TRT-10 não contrariou o dispositivo da ADI, visto que não aplicou o normativo cuja inconstitucionalidade fora reconhecida. No entanto, ela optou por voltar-se contra o entendimento da Corte que embasou a decisão. Pela relevância, vale conferir trecho da ementa do acórdão proferido na reclamação:

Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, **revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada** de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar **a transcendência da parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades**, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

Não se pode dizer com toda a convicção que o Supremo Tribunal Federal, oficial e abertamente, acolheu a tese da transcendência dos motivos determinantes das decisões, embora autores como Gilmar Mendes<sup>87</sup> o insistam. No entanto, é possível consentir que o ordenamento jurídico já a acolhe numa certa medida. Diz-se isso em razão de a sistemática de precedentes do CPC – ao impor a observância dos acórdãos em recursos extraordinários repetitivos, das súmulas em matéria constitucional do STF, do reconhecimento ou não da repercussão geral e das súmulas vinculantes – já vincular em maior ou maior medida os demais órgãos jurisdicionais à aplicação das razões da Corte. Ademais, a discussão jurisprudencial colocada acima demonstra que o STF já caminha rumo à adoção da tese em comento, respaldando em casos concretos a sua aplicação.

Por todo o exposto, percebe-se que o ordenamento brasileiro já permite que as razões do Supremo Tribunal Federal se estendam ao restante do Judiciário, sejam elas proferidas em na via direta – por força do art. 102, §2º da Constituição –, sejam elas proferidas na via incidental – conforme disposições constitucionais e infraconstitucionais acima elencadas concernentes à repercussão geral e à formação de precedentes constitucionais, bem como por força do acolhimento jurisprudencial. Tal extensão, todavia, ainda não necessariamente atinge a Administração em todos os casos.

A fim de prolongar o sentido conferido à Constituição pelo Supremo ao restante do ordenamento<sup>88</sup>, e portanto vincular também a Administração aos precedentes constitucionais, o constituinte reformador instituiu a figura da súmula vinculante.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

O instrumento em questão foi o meio encontrado para que o Supremo, já dispendo de jurisprudência consolidada sobre determinado tema constitucional e percebendo dissenso no

---

<sup>87</sup> FILHO, MENDES; *op. cit.*, p. 186. MARINONI, *op. cit.*, p. 946.

<sup>88</sup> Vale consignar a observação de que, entre os precedentes, há aqueles que são tidos como verdadeiramente vinculantes, isto é, capazes de alcançar com força obrigatória tanto o Judiciário, como a Administração; e aqueles que são obrigatórios, ou seja, que devem ser seguidos apenas pelos órgãos jurisdicionais.

ordenamento a respeito de sua observância, possa dar a palavra final sobre o assunto e fazer, de uma vez por todas, valer seu entendimento.

De fato, em um sistema como o norteamericano<sup>89</sup>, em que vigora de forma plena a regra do *stare decisis*, não é necessária a edição de um ato normativo complementar às decisões da Corte Suprema a fim de que seu entendimento se estenda a todo o ordenamento e não somente ao Judiciário.

No entanto, a tradição jurídica brasileira de *civil law*<sup>90</sup>reluta até os dias presentes em dobrar os joelhos à Corte Suprema, ainda que em matéria constitucional. O império da lei, consagrado no art. 5º, II, da Constituição, permanece interpretado sob um viés clássico no que se refere à obediência administrativa à jurisprudência do STF – algo que, via de regra, só poderia ser imposto mediante o exercício pelo Senado Federal da competência elencada no art. 52, X<sup>91</sup>, da Carta Magna.

É nesse cenário que o constituinte reformador inseriu a súmula com efeitos vinculantes. Percebe-se como este instrumento coroa a sistemática do controle difuso, ceifando algumas das graves antinomias apontadas acima e que se arrastavam, sem solução, pelo ordenamento há décadas.

Deste modo, não é incorreto postular que o Supremo Tribunal Federal dispõe de um instrumental apto a tutelar, com grande liberdade e com a devida abrangência, a Constituição a partir de um determinado caso concreto. A súmula vinculante, conjugada com os supracitados dispositivos do Código de Processo Civil relativos à formação de precedentes, permite concluir que o controle difuso brasileiro assumiu feições inéditas se comparado com seus tradicionais contornos, pois atualmente os efeitos de suas decisões podem, devem e de fato o são generalizadas para outras situações, transcendendo o caso concreto.

Não obstante, não é possível dizer que o ordenamento brasileiro adote integralmente o *stare decisis*, em razão de os precedentes constitucionais obrigarem à totalidade do ordenamento somente mediante resolução senatorial, súmula vinculante ou decisão em controle

---

<sup>89</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Judicial Review*. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, n. 209, p.p. 115-132, jan./mar., 2016.

<sup>90</sup> BEDICKS, *op. cit.*, pp. 12-44.

<sup>91</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.



concentrado, não obstante sua observância já seja obrigatória para o restante do Poder Judiciário.

Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas com o intuito de colacionar os principais contornos da discussão, algo a que naturalmente se prestam monografias da natureza desta, vale mencionar que, nos autos das Ações Diretas n. 3406/RJ e n. 3470/RJ<sup>92</sup>, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de determinada lei federal em caráter *incidental*. Isto é, embora a norma não houve sido impugnada na peça exordial das ADIs, a Corte entendeu, em discussão apartada da principal, pela sua incompatibilidade com a Constituição e de pronto determinou sua invalidação. A esta decisão a Corte atribui o mesmo efeito dado à matéria principal, qual seja, o caráter vinculante à Administração e ao Judiciário.

Assim, em razão de ter-se conferido os referidos efeitos incidentalmente, há quem defenda<sup>93</sup> que a abstratização (aqui tratada como verdadeira racionalização) do controle difuso seja já uma realidade no ordenamento. No entanto, embora a inconstitucionalidade em tela tenha sido observada em caráter incidental, tratava-se de julgamento de ações do controle concentrado. Dito de outra forma, é inseguro postular que a tese em tela fora adotada<sup>94</sup>, na

---

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Coletânea temática de jurisprudência: controle de constitucionalidade. Brasília, Livraria do Supremo: 2019.

<sup>93</sup> FILHO, MENDES; *op. cit.*, pp. 198-199.

<sup>94</sup> Quanto a este ponto controverso, Dantas, Silvestre e Souto Maior (*op. cit.*, pp. 61-69) colacionam as quatro principais correntes doutrinárias referentes à expansão dos efeitos das decisões proferidas em controle incidental pelo Supremo Tribunal Federal: 1) primeiramente há os chamados mutacionistas, chefiados pelo Ministro Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, 2004) – sua denominação decorre do fato de defenderem que o art. 52, X, da Constituição passou por processo de mutação, de modo que, ainda que permaneça válido, tem como único efeito a publicização das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, pois os efeitos gerais e a eficácia vinculante seriam inerentes já estariam presentes automaticamente nas decisões da Corte. 2) Em segundo lugar, há a corrente expansionista, cujo expoente é o Ministro Teori Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Tese (mestrado em direito constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020) e que pugna pela tese de que os precedentes constitucionais possuem, de fato, uma natural vocação expansiva, na medida que resultam da última palavra; nessa toada, os expansionistas amplificam o alcance das decisões do Supremo, sem com isso, esvaziar a prerrogativa do Senado Federal, apenas retirando-lhe, por força lógica, parte da utilidade prática. 3) Há os já mencionados pragmatistas, que veem postulam pela abstratização das decisões incidentais do Supremo como forma de redução da sobrecarga sofrida pela Corte com o elevado número de apelos; tal corrente, mais do que reconhecer os efeitos gerais às decisões do controle concreto, advogam pela sua adoção com vistas de alcançar o resultado já mencionado de desafogamento do Poder Judiciário. 4) Por fim, há aqueles que se filiam à corrente ontológica, como Marinoni (*op. cit.*), a qual é adota por este trabalho e que entende que os efeitos gerais das decisões do controle incidental decorrem de serem elas proferidas pelo órgão de cúpula da jurisdição constitucional e por dizerem respeito à Constituição, o que, em última análise, diz respeito a todo o ordenamento, na medida em que decisões de (in)constitucionalidade conferem sentido à Carta Maior. “Nota-se que a tese ontológica, ao contrário dos argumentos mutacionista e expansionista, encontra-se desprendida das reformas abstrativizantes ocorridas no Brasil, o que significa dizer que a sustentação é eminentemente teórica, feita à luz da teoria de

medida em que, para que se tivesse certeza, seria necessário que decisões proferidas, por exemplo, em Recurso Extraordinário também fossem dotadas dos mesmos efeitos<sup>95</sup>.

Por ocasião da produção deste trabalho, pende o julgamento dos Recursos Extraordinários que embasam os Temas 881 e 885 de repercussão geral. Tais temas se propõem, dentre outros propósitos, a levar a termo a discussão analisada neste trabalho e a conferir, de uma vez por todas, eficácia geral e efeitos vinculantes às decisões de (in)constitucionalidade do STF em controle difuso. Em razão do julgamento não ter sido concluído, não é possível atestar que a Corte já adotou a tese e que, portanto, ela vigora no ordenamento. O que se pode atestar, sim, é que a expansão dos efeitos de decisões incidentais de constitucionalidade também para a administração ocorreu de fato, nos autos das Ações Diretas suprarreferidas.

Conclui-se, portanto, o controle de constitucionalidade difuso brasileiro adquiriu meios constitucionais, legais, doutrinários e também jurisprudenciais de vinculação das demais instâncias sociais. Assim, ainda que não tenha adotado exatamente o mesmo instrumental do controle americano, o *stare decisis*, o ordenamento nacional deu grandes passos rumo a uma maior racionalização.

---

inconstitucionalidade e da norma jurídica, estando dissociada, assim, de políticas legislativas processuais” (DANTAS, MAIOR, SILVESTRE; *op. cit.*, p. 68).

<sup>95</sup> Por ocasião da produção deste trabalho, pende o julgamento dos Recursos Extraordinários que embasam os Temas 881 e 885 de repercussão geral. Tais temas se propõem, dentre outros propósitos, a levar a termo a discussão analisada neste trabalho e a conferir, de uma vez por todas, eficácia geral e efeitos vinculantes às decisões de (in)constitucionalidade do STF em controle difuso. Em razão

#### 4. CONCRETIZAÇÃO DA VIA ABSTRATA

Tendo tratado da temática da abstratização ou objetivação do controle concreto e incidental, cumpre a esta breve monografia, doravante, encaminhar-se em direção a processo similar a ocorrer na seara do controle abstrato de constitucionalidade.

Trata-se do fenômeno da concretização da via abstrata de controle, isto é, da incorporação, ao tradicional sistema abstrato e puramente normativo de controle de constitucionalidade, de elementos fáticos e de considerações a respeito de casos concretos e suas especificidades, quando da declaração de (in) constitucionalidade de determinado ato normativo.

Pois bem, a fim de compreender as mudanças que a referida via de controle tem sofrido, é necessário enxergá-la, antes, em sua forma mais pura e clássica, tal qual a formularam juristas como Hans Kelsen. Em verdade, o principal corpo teórico em torno das tradicionais noções de controle abstrato de constitucionalidade deriva do rico acervo de pesquisa deste renomado autor, razão pela qual cumpre a este trabalho deter-se brevemente em suas formulações concernentes ao tema.

##### 4.1. CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Kelsen enxergava a norma jurídica dentro sua Teoria Pura do Direito, isto é, dentro de sua teorização a respeito do sistema jurídico que prescindia de recursos e operações externas a tal sistema para explicá-lo e compreendê-lo. Sob este prisma, a norma jurídica é vista por ele dentro de seu aspecto mais sistêmico<sup>96</sup>, mormente em sua relação com outras normas de

---

<sup>96</sup> Aqui utiliza-se o conceito de 'sistema fechado' de Niklas Luhmann: sistema que detém autorreferência, recursividade e circularidade, decorrentes de seu fechamento operativo e autopoiese.

Interessante notar como a Teoria Pura do Direito kelseniana é compatível com a sociologia sistêmica luhmanniana, visto que o austríaco, como sobredito, busca explicar e conceber o direito tal como ele é nas sociedades modernas, prescindindo de recursos a outros sistemas e saberes, que não mais determinam o Direito, tampouco sendo eles suficientes para explicá-los. O Direito é dotado de características próprias de processamento das informações do ambiente e de um código de processamento próprio, sendo impossível reduzi-lo à experiência, à forma de operar ou ao código de outro sistema. É justamente esse esforço por uma Teoria Pura do Direito, somado a aspectos históricos e da cultura jurídica do ordenamento alemão de então, que leva Kelsen a optar por e a conceber um modelo de controle de constitucionalidade que preza, sobremaneira, por uma análise lógica, normativa e, sobretudo, abstrata da compatibilidade de uma dada norma com a norma constitucional; uma vez que de tal maneira, o sistema do direito resolve, sem recurso a sistema externo (sem corrupção sistêmica), suas próprias antinomias. Para maiores detalhes a respeito da concepção luhmanniana de sistemas sociais, conferir: LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

direito. Tal compreensão, portanto, despreza a interferência e a comunicação com os demais sistemas e fatos sociais, ao menos no que diz respeito à explicação do direito enquanto tal, *i.e.*, o autor busca a independência de conceitos e categorias meta-jurídicos quando da formulação de sua Teoria Pura.

Dentro deste modelo teórico, as normas jurídicas situam-se em uma cadeia silogística de validade e eficácia, a qual é encimada pela norma fundamental do ordenamento. O pertencimento a tal cadeia e o correto enquadramento nela é que garantem que uma dada norma é válida, ou seja, que de fato é jurídica. Pela relevância do tema, vale colacionar as palavras do próprio Hans Kelsen<sup>97</sup>:

No **silogismo normativo** que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a Constituição foi efetivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão.

Percebe-se que a discussão em torno da validade ou não de determinada norma jurídica não digressa para considerações a respeito de casos concretos, de circunstâncias políticas ou mesmo da relevância da norma no contexto social. O ponto chave é a aferição de sua correta justaposição dentro do silogismo acima elencado.

Assim sendo, tomando em consideração que a ordem jurídica é válida e eficaz, e que, portanto, a sociedade deve conduzir-se em harmonia com ela, conclui-se que a Constituição deve ser cumprida. Nessa sorte, uma norma que não haja sido editada conforme os corretos procedimentos indicados no texto constitucional e/ou materialmente em desacordo com suas regras e princípios não deve subsistir. Seja porque, sob certo ponto de vista, ela não deve continuar a produzir efeitos na ordem jurídica, visto serem eles antinômicos em relação à vontade constitucional, seja em razão de, para algumas correntes, ela nem ao menos dever ser tomada como uma norma jurídica<sup>98</sup>, visto que não é possível inserí-la no silogismo acima demonstrado; tratando-se, por consequência, de um ato que se pretende lei ou norma jurídica, mas que não o é.

<sup>97</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 148.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 188 e 189.

Conjuntamente com tais formulações teóricas, ainda é válido apontar as seguintes considerações, a fim de ser possível tecer a correta imagem do controle abstrato de constitucionalidade tal qual fora originalmente proposto.

Sabe-se que Kelsen estava inserido em um ordenamento jurídico que seguia a tradição jurídica do *civil law*, a qual possuía as seguintes notas distintivas<sup>99</sup>: as leis, vistas como normas gerais de conduta, eram o veículo legitimado a atribuir direitos e deveres aos cidadãos, *i.e.*, a lei é que, a princípio, vinculava a todos e possuía efeitos gerais, e nada mais; o Judiciário, por seu turno, consistia em um mero aplicador da lei, tendo discricionariedade somente na medida em que esta lhe delegasse e jamais, por meio de suas decisões, sendo capaz de estender sua autoridade para além dos casos que apreciasse – nem mesmo podendo fazê-lo para outros órgãos dentro do próprio Judiciário, muito menos para a Administração; e, por fim e em decorrência dos dois pontos anteriores, não se falava, em tais sistemas, em nada parecido com os precedentes vinculantes observados na tradição do *common law*, visto que as regras estabelecidas em casos concretos não poderiam ser estendidas para além deles.

De mais a mais, como aponta Marinoni, à época em que Kelsen traça as linhas de seu sistema de controle de constitucionalidade, surgia no direito alemão a malfamada ‘escola livre do direito’, “marcada pela intenção de atribuir aos juízes o poder de deixar de aplicar a lei em nome de valores não pertencentes ao ordenamento jurídico”, em aberto desprezo ao princípio da legalidade e em prol da “submissão da lei a uma ordem valores presente na consciência popular”<sup>100</sup>. Em suma, buscava-se conformar a aplicação do direito a conceitos vagos, imprecisos e preenchíveis, virtualmente, por qualquer conteúdo – conceitos tais como “espírito do povo”, “natureza das coisas”, entre outros.

Considerando o potencial de degeneração que tal sistema poderia assumir e a ameaça à democracia que ele então representava (temor que efetivamente viria a se concretizar na Alemanha das décadas de 30 a 50); convicto das formulações e pesquisas que culminaram em sua Teoria Pura do Direito; e incapaz de se desvincular da tradição jurídica à qual pertencia, Kelsen propõe um modelo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos de caráter notadamente abstrato, lógico e puramente normativo, alheio às interferências políticas e sociais, e blindado contra o subjetivismo dos juízes. Dito de outra forma, em seu esforço para

---

<sup>99</sup> BEDICKS, *op. cit.*, pp. 12 a 23.

<sup>100</sup> MARINONI, *op. cit.*, pp. 1204 e 1205.

depurar o direito, Kelsen impunha “a necessidade de situar o controle de constitucionalidade como um problema exclusivo de contradição normativa, indiferente aos fatos”<sup>101</sup>.

É para ele relevante não o contexto social, a repercussão da decisão de inconstitucionalidade, os efeitos políticos da norma; mas sim se esta é, no plano meramente deontológico e abstrato (puramente normativo, portanto), compatível com a norma constitucional, tanto material quanto formalmente. Sendo assim, considerações de qualquer ordem que excedessem o imbricado silogismo de validade e eficácia supra referido seriam, para o dizer o mínimo, secundárias na discussão a respeito da constitucionalidade ou não de determinada norma.

Por fim, quanto ao modelo de controle abstrato kelseniano, em sua forma mais pura e original, tal qual se apresentou na Constituição Austríaca de 1920, vale ainda apontar a natureza que Kelsen atribuía à decisão de inconstitucionalidade e os efeitos desta, bem como qual autoridade seria a legítima ou mais adequada para exercer o controle na opinião do autor. Ressalta-se que esta breve exposição a respeito das notas principais do sistema abstrato de controle em sua forma mais pura é necessária para a melhor compreensão da posterior ‘intromissão’ de institutos típicos dos processos subjetivos em sua sistemática.

O renomado professor Marinoni sintetiza com maestria a posição de Kelsen quanto aos efeitos que a decisão de inconstitucionalidade possuía no sistema pensado pelo austríaco. Trata-se de enxergar tais decisões como verdadeiros atos anulatórios das leis, visto que as excluem do ordenamento jurídico ou, ao menos, privam-nas de exercer quaisquer efeitos, ainda que não venham a ser formalmente excluídas do Direito. Tai atos, por consequência, seriam equiparáveis aos do Poder Legislativo, de modo que a autoridade encarregada de asseverar a (in) constitucionalidade exerceria verdadeira função de legislador negativo. Seguem as lições de Marinoni<sup>102</sup>:

Para Kelsen, a decisão de inconstitucionalidade configura um ato de um legislador negativo. Não exatamente porque a Corte não pode suprir a omissão do legislador positivo, porém apenas reprova-la, mas porque a Corte, ao decidir, pratica um ato que teria a mesma natureza de uma lei ab-rogatória de uma outra lei ou norma legal, um simples ato inverso ao de produção legislativa.

Vale ainda, em primeira mão, ter em mente o que o próprio Kelsen<sup>103</sup> escrevera sobre o assunto:

---

<sup>101</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1195.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 1180.

<sup>103</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 151 e 152.

Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa.

Em suma, Kelsen<sup>104</sup> encontra na natureza legislativa da decisão de inconstitucionalidade um atributo pelo qual a via abstrata ficaria conhecido – a eficácia geral ou *erga omnes*. Em outros termos, tendo em vista que a decisão que anula uma determina norma jurídica equipara-se a uma lei, é natural, lógico e consequente que tal *decisio* seja aplicado, igualmente àquela espécie normativa, de forma geral e vinculante. À diferença de uma decisão que afasta a incidência de dada lei em um processo subjetivo – caso em que a mesma lei continua sendo válida e eficaz em relação a quaisquer outros casos exceto aquele –, a decisão que anula a lei torna-a inaplicável a qualquer situação que venha a ocorrer no ordenamento, justamente por reputá-la inválida perante a Constituição.

Em termos procedimentais, o modelo de controle abstrato de constitucionalidade, em sua pretensão de resolver antinomias puramente normativas entre atos infraconstitucionais e a Constituição, não admite a existência de partes. Em seu lugar, atuam apenas legitimados, isto é, órgãos ou pessoas a quem a Constituição faculta a provocação da jurisdição constitucional a fim de buscarem a tutela de sua supremacia e higidez. Não há litígio, não há pretensão resistida – há apenas a averiguação da existência ou não de determinada contradição normativa em curso, em violação patente à ordem constitucional.

Por fim, outra nota distintiva do modelo kelseniano de controle de constitucionalidade abstrato é o fato de este ser realizado por uma Corte Constitucional. Este órgão é o encarregado de receber a demanda dos legitimados para a ação de inconstitucionalidade e é constituído na forma de tribunal<sup>105</sup>. Não só sua configuração é semelhante a uma corte do judiciário como também sua atividade assume caráter jurisdicional; pois, embora tal Corte atue como legisladora negativa ao anular um determinado ato, ela age em conformidade ao que determina a Constituição, sem dispor da mesma liberdade criativa outorgada ao Poder Legislativo. É, pois, uma aplicadora da legislação constitucional, tal como as cortes o são do Direito em geral.

A opção por apenas um tribunal ser o detentor da autoridade para anular leis inconstitucionais reside no fato de a jurisdição dos juízes individuais e dos tribunais não abranger todo o ordenamento, de modo que suas decisões estariam adstritas às partes somente, ao passo que um tribunal com jurisdição nacional poderia fazer valer suas sentenças em todo o

---

<sup>104</sup> KELSEN, 2003, p. 152.

<sup>105</sup> *Ibid.*

território sem que isso gerasse inconvenientes. Soma-se a isso a necessidade de um instituto capaz de garantir segurança jurídica em um sistema de controle de constitucionalidade que não adota a regra do *stare decisis*<sup>106</sup> e o resultado é nada mais que o estabelecimento de um órgão único, com autoridade sobre todo a nação, capaz de estabelecer juízos sobre os atos do parlamento e tendo decisões, como explicitado acima, dotadas de um caráter similar ao das leis.

Não obstante, como o próprio Kelsen reconhece, “não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis”, pois a “organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas”<sup>107</sup>. É nessa sorte que, no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal reúne atribuições de uma Corte Suprema de Justiça – na medida em que se configura como última instância de apelo – e atribuições de uma Corte Constitucional – vez que compete a ele a guarda da constituição e o monopólio do julgamento das ações diretas.

Cumpre, à guisa de encerramento deste primeiro tópico, afunilar a discussão para a forma como o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade foi visto inicialmente no Brasil, para que assim se compreenda melhor as inovações trazidas pelas leis da Ação Direta e da ADPF, bem como pela guinada jurisprudencial observada desde então.

Quando da adoção da representação de inconstitucionalidade na Constituição de 1946, pela Emenda Constitucional nº 16/1965, introduziu-se no Brasil a modalidade de controle de constitucionalidade apresentada neste tópico. Pela primeira vez na história jurídica, política e constitucional do País, seria possível impugnar direta e judicialmente um ato normativo federal ou estadual que desafiasse as normas da Carta Superior, sem depender de tal impugnação figurar no bojo de um recurso extraordinário ou qualquer outro modal que estivesse atrelado a uma lide específica, concreta.

Pois bem, o modelo adotado seguiu o dogma original austríaco, o qual concebia uma aferição de constitucionalidade restrita mormente à análise de compatibilidade da lei impugnada com o texto constitucional, sem “a verificação dos fatos supostos pela lei ou a

---

<sup>106</sup> A equiparação entre a atividade da corte constitucional e a do legislador surge com o propósito de satisfazer a rígida legalidade que imperava nos sistemas de *civil law*; ora, se somente a lei poderia obrigar, a decisão que derroga/anula uma determinada lei, de certa forma, também deve como lei ser entendida. De mais a mais, nunca é demais ressaltar que, na tradição de *civil law*, sobretudo após as revoluções iluministas, pairava grave desconfiança de interferência dos juízes nas prerrogativas do legislador ou de sobreposição da atividade judiciária à legislativa, razão pela qual o sistema de precedentes vinculantes e obrigatórios estaria fora de questão.

<sup>107</sup> KELSEN, 2003, p. 153.



compreensão da norma constitucional em face da realidade fática sobre a qual incide”<sup>108</sup>. Dispensava-se, tal como se expôs acima, quaisquer peculiaridades concretas – como o impacto econômico, político, social; os efeitos pretéritos da norma –, em prol tão somente da análise normativa.

Este primeiro momento do controle abstrato no Direito brasileiro arrastou-se de forma sólida e consistente na jurisprudência<sup>109</sup> do Supremo Tribunal Federal até a edição das leis da Ação Direta e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tal período é muito bem exemplificado, pela decisão unânime proferida no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.372, cujo relator fora o Ministro Celso de Mello. Pela relevância e pelo caráter ilustrativo do julgado, seguem as palavras de sua excelência:

Ora, a natureza jurídica do controle normativo abstrato repele qualquer ensaio de indagação tendente a comprovar situações de fato, notadamente quando estas – tal como no caso ocorre – se mostrarem controvertidas ou ilícidas.

Na realidade, o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade não admite, no sistema jurídico brasileiro, a instauração incidental de dilação probatória destinada a esclarecer situações fáticas eventualmente ilícidas e sobre as quais repouse, como no caso, a pretensão de direito material deduzia pelo autor da ação direta, pois a finalidade única deste instrumento processual de ativação da jurisdição constitucional de controle do Supremo Tribunal Federal consiste no exame, em tese, da conformação de determinado ato estatal às prescrições subordinantes da Constituição da República.

[...] Torna-se evidente, pois, que, em sede de ação direta, a inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, no texto da norma estatal questionada, não podendo a prolação desse juízo de desvalor depender, para efeito de controle normativo abstrato, nem de prévia indagação probatória concernente à matéria de fato [...].

Não sendo a pretensão deste trabalho exaurir a discussão em torno do controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, considero suficiente o que até então se expôs sobre tal modal de controle, na medida em que foi possível vislumbrar os principais motivos e fundamentos que levaram seus formuladores a optarem pelo arranjo com que ora nos defrontamos; tendo sido possível também asseverar como a jurisprudência entendeu o processo objetivo durante muito tempo na história constitucional pátria, ainda que este olhar tenha se dado de forma sumária, em razão de o tema ter sido mais detalhadamente apresentado em capítulo anterior desta obra.

---

<sup>108</sup> MARINONI, *op. cit.*, p.688.

<sup>109</sup> Para maiores detalhes, conferir os seguintes precedentes: ADI nº 640, ADI nº 643, RTJ nº 108, Representação de Inconstitucionalidade nº 933.

Nessa sorte, é possível prosseguir para a discussão a respeito das alterações que tal sistema tem sofrido, a ponto de ser possível falar em um verdadeiro fenômeno de *concretização da via abstrata de controle de constitucionalidade*, argumentação que se expõe a seguir.

#### 4.1. DA IMPORTÂNCIA DOS FATOS NO CONTROLE CONCENTRADO – ABANDONO DO MODELO TRADICIONAL E CONCRETIZAÇÃO DA VIA ABSTRATA

O modelo kelseniano puro de controle de constitucionalidade, contudo, à luz do constitucionalismo que se desenvolveu posteriormente à 2ª Grande Guerra, fora paulatinamente adaptado.

De fato, como será apresentado, o dogma da não-remissão aos fatos no processo objetivo constitucional caiu em desuso, não somente na experiência jurídica internacional, mas também no ordenamento brasileiro, sobretudo com a edição das leis 9.868/99 (Lei da ADI) e 9.882/99 (Lei da ADPF). Em verdade, “pode-se afirmar a superação desse dogma, com a assunção de um papel da facticidade no juízo da (in) constitucionalidade”, algo próprio do controle de tipo americano, sendo esse um “sinal de hibridação que [...] traz, inevitavelmente, modificações na estrutura do processo objetivo e, com isso, na racionalização da inconstitucionalidade”<sup>110</sup>.

Pois bem, conforme atesta Marinoni<sup>111</sup>, “a indiferença do controle de constitucionalidade em relação à realidade [fática] não sobreviveu ao tempo”. Tomemos a própria reforma ocorrida na constituição austríaca, em 1929, como exemplo: introduziu-se no sistema de controle dois novos legitimados para a propositura da ação objetiva junto ao *Verfassungsgerichtshof* (VFGH ou Corte Suprema): a Suprema Corte de Justiça – instância máxima cível e criminal – e a Corte Administrativa – tribunal máximo da jurisdição administrativa.

As duas entidades, juntamente com o governo federal e com os governos estaduais, poderiam acessar a jurisdição constitucional; porém, à diferença dos legitimados originais, seu meio de acesso seria pela via de um incidente de constitucionalidade. Assim, caso dúvida a respeito da constitucionalidade de determinada norma surgisse, em algum caso concreto no

---

<sup>110</sup> HERANI, *op. cit.*, p. 118. Grifos nossos.

<sup>111</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1195.

âmbito das duas cortes referidas, caberia a elas remeter ao VFGH um incidente de inconstitucionalidade, para que tal instância decidisse sobre o assunto<sup>112</sup>.

A razão da reforma de 1929 é simples: um sistema de controle abstrato que conta com tão poucos legitimados e que se desvincula totalmente dos casos concretos, embora tenha uma importante função, possui escopo muito limitado. Ora, “fora do âmbito de controle ficavam, por exemplo, as leis lesivas dos direitos individuais de liberdade”<sup>113</sup>, já que o governo federal e os estados tinham uma faculdade, mas não um dever, de instaurar o processo objetivo.

Em outros termos, a jurisdição constitucional, por não poder ser direta ou indiretamente (como pela via de um incidente ou recurso constitucional) acessada por ninguém além das duas categorias de legitimados, ficava adstrita a um pequeno número de casos, manejados segundo a conveniência política dos atores autorizados pela Carta Maior. Com tal arranjo, a “discussão de questões constitucionais que afetam o cotidiano das pessoas, permitindo a tutela dos direitos fundamentais a partir de casos concretos”<sup>114</sup> era simplesmente inviabilizada.

Foi nesse sentido que se introduziu na constituição austríaca um controle incidental de constitucionalidade, passível de ser suscitado a partir de dúvidas de constitucionalidade surgidas em casos concretos. Nessa toada, as decisões da Corte Constitucional passariam a se prestar não somente a uma tutela abstrata – quase transcendental – da higidez constitucional, mas também das situações concretas em que a Constituição deseja se fazer presente – *i.e.*, na efetivação dos direitos e garantias por ela assegurados.

Dito de outra forma, o que se pretende demonstrar é como o alheamento aos fatos e o completo distanciamento do caso concreto restringe o alcance do controle de constitucionalidade e, em última análise, limita a força da própria Constituição, sobretudo em um ordenamento como aquele instituído pela Carta Política de 1988, com seu projeto de máxima efetivação de direitos fundamentais, de promoção da plena cidadania e de proteção da dignidade da pessoa humana.

O “dogma da não-remissão fática na Justiça Constitucional”<sup>115</sup>, portanto, somente teve sentido dentro do momento histórico em que fora concebido, *i.e.*, no período em que imperava

---

<sup>112</sup> ARAÚJO, Mauro La-Salette Costa Lima de. *Os dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade: controle americano vs. Controle europeu*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-3862, Teresina, ano 16, n. 2883, 4 de abr. 2011.

<sup>113</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p. 1.

<sup>114</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1209.

<sup>115</sup> HERANI, *op. cit.*, p. 118 e ss.

a concepção de Constituição segundo a doutrina positivista, cujo conceito é melhor definido por Bonavides:

A Constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjante, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.<sup>116</sup>

Um controle puramente abstrato, cujo principal mecanismo é o mero sopesamento em tese entre os textos de duas normas – uma da constituição e uma infraconstitucional –, é uma ferramenta “adaptada a assegurar a coerência formal da reprodução normativa”<sup>117</sup>, não havendo o cuidado de solucionar o conflito constitucional a partir de razões de ordem moral e política. E isso, como se busca demonstrar, só é coerente se se tem em mente que o paradigma do Constitucionalismo Liberal e Positivista tinha como norte não a máxima efetivação de direitos fundamentais, como atualmente, mas sim a garantia da unidade do sistema e da vontade positivada do constituinte, buscando-se manter a pureza e a independência (verdadeiro isolamento) do Direito.

Ora, essa maneira de pensar não subsiste atualmente nos ordenamentos ao redor no mundo, tampouco no brasileiro. Abandonou-se o positivismo clássico, a partir da segunda metade do século XX, o que permitiu a observação da Constituição a partir de “um amplo catálogo de valores, princípios e direitos fundamentais”<sup>118</sup>.

Dentre as novas perspectivas, vale destacar a teoria concretista de Konrad Hesse<sup>119</sup>. O autor filia-se ao entendimento de que a “interpretação constitucional é concretização”<sup>120</sup> da Constituição, pois entende, conforme bem percebeu Marinoni, que

o conteúdo da norma constitucional, em regra, não pode ser realizado a partir [apenas] do que nela está contido. Ou seja, a realização do conteúdo de uma norma constitucional frequentemente depende da realidade a que se destina a regular. A interpretação constitucional, assim, exige que sejam tomadas em conta as particularidades das relações existenciais concretas sobre as quais a norma incide<sup>121</sup>.

Dito de outra maneira, os fatos que a norma regula compõem a própria norma, de forma que é impossível dissociar um elemento do outro para fins de controle de constitucionalidade. Ora, se elementos concretos compõem o substrato sobre o qual se ergue a norma e para o qual sua regulação se direciona (visto que é insano pensar que a norma termina em si própria e que

---

<sup>116</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 172.

<sup>117</sup> HERANI, 2012, p. 120.

<sup>118</sup> Ibid., p. 129.

<sup>119</sup> HESSE, 2009.

<sup>120</sup> Ibid., p. 108.

<sup>121</sup> MARINONI, *op. cit.*, pp. 1195 a 1196.

não busca alterar a realidade social, ou que tampouco dela deriva), é imperioso concluir que o juízo de constitucionalidade não pode ser feito de maneira adequada sem que tais elementos sejam devidamente tomados em conta.

Outrossim, a noção supracitada de que a norma não é um fim em si mesma, uma entidade abstrata e plenamente independente, mas sim que deve ser considerada em conjunto com o restante da realidade social traz as seguintes implicações: primeiramente, essa virada paradigmática que abandona em partes a concepção formulada na Teoria Pura kelseniana abre as Cortes Constitucionais aos fatos; em segundo, como tal corrente de pensamento surge dentro do constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial, tem-se que ela se presta a algo maior que meramente tergiversar sobre o Direito – a concretização do controle abstrato de constitucionalidade é instrumento da concretização da própria constituição e, conseqüentemente, dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, a abertura do processo constitucional à apreciação dos fatos, isto é, seu distanciamento do etéreo modelo abstrato tradicional de mera apreciação da contradição normativa, num movimento de apreensão pelo controle de constitucionalidade da realidade social circundante à norma; caracteriza-se por ser, ainda, um movimento de legitimação democrática da jurisdição constitucional. Permitir, como se verá adiante, a manifestação popular no processo concentrado, a partir da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas, é essencial para “uma decisão constitucional que pretenda ser legítima”<sup>122</sup>.

Com tais conclusões em mente, passa-se agora à investigação dos meios pelos quais ocorre a concretização do controle abstrato. Estuda-se, no tópico a seguir, os institutos jurídicos constitucionais, legais e jurisprudenciais que conformaram o controle abstrato brasileiro, que melhor tecnicamente seria chamado apenas de controle concentrado, haja vista que muito da tradicional abstração se perdera.

#### 4.2. MEIOS PELOS QUAIS OCORRE A CONCRETIZAÇÃO

A discussão até então fora travada no campo teórico e lógico, explorando o pensamento dos principais autores a respeito do tema. Estabeleceu-se, embora brevemente, que a abertura aos fatos no processo concentrado constitui uma dupla necessidade no constitucionalismo atual, vez que, por um lado, o ordenamento atual exige que os atos estatais, entre eles os judiciais,

---

<sup>122</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1197.

sejam também dotados de legitimidade democrática e, por outro, passou-se a entender que a constituição não poderia ser compreendida corretamente, tampouco adequadamente tutelada, sem que se considerassem os fatos e circunstâncias concretas em ligação com as normas impugnadas no procedimento objetivo. Passa-se, portanto, à análise dos instrumentos e meios pelos quais os fatos e as situações concretas podem ser levadas em conta quando da impugnação normativa do controle dito abstrato do ordenamento brasileiro.

Conforme o *caput* do art. 102, da CF/88, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”, de modo que constitui um dever seu zelar por sua higidez, supremacia e efetivação. O meio por excelência de que dispõe a Corte para cumprir sua missão é o processo concentrado.

Unindo este postulado com o que se observara acima a respeito da inserção dos fatos em tal modalidade de controle – a partir da consideração de que atualmente é impossível atribuir sentido à Constituição sem a adequada compreensão de certas situações concretas que aderem às normas –, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal é dotado “do poder-dever de investigar, analisar e justificar os fatos para realizar o controle de constitucionalidade a partir da ação que lhe é endereçada diretamente para esse fim”<sup>123</sup>.

Embora, na primeira década da Constituição de 1988, a Corte ainda se filiasse à tradicional compreensão kelseniana, em voga desde a introdução da Representação de Inconstitucionalidade, em 1965; com a promulgação das leis 9.868/99 e 9.882/99, ela experimentaria uma guinada em sua forma de conceber o controle concentrado. À disposição do Supremo Tribunal Federal, foram colocados tantos instrumentos para melhor compreensão dos fatos no controle concentrado quantos fossem úteis ou necessários à tutela constitucional, a ponto de conferir-lhe um poder verdadeiramente elástico e adaptável, tal qual os fatos o exigem. A seguir, exploram-se alguns dos instrumentos de que pode se valer o Supremo no controle concentrado, bem como outros incrementos que o ordenamento insere na jurisdição constituição a fim de aproximá-la da realidade concreta.

---

<sup>123</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1196.

#### 4.2.1. Técnicas processuais a serviço da concretização do controle abstrato, ou do aprimoramento da tutela constitucional objetiva

A realidade é algo notadamente complexo. Um dos maiores dramas do ser humano ao longo de sua história é a tentativa de apreender um universo virtualmente infinito de informações em sua mente, incapaz por natureza de comportar tamanha carga de conhecimento.

Semelhante constatação se dá com a atividade legislativa, pois é impossível ao Legislador positivar normas capazes de abranger todo e qualquer fenômeno da realidade social. É em tal medida que, a fim de proporcionar a correta atenção que os fatos merecem no controle de constitucionalidade, as leis da ADI e da ADPF, bem como o texto constitucional, são dotadas de cláusulas processuais abertas.

Tais instrumentos são sobremaneira úteis. Ao contrário da rigidez de normas pré-definidas, pretensiosas de prever as nuances de cada um dos objetos do processo concentrado, as cláusulas processuais abertas conferem à Corte a liberdade necessária de amoldar sua decisão ao caso que se lhes apresente.

Toma-se o art. 27, da Lei 9.868/99 como ilustração<sup>124</sup> do ponto em questão:

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.

Ora, como definir com precisão o que é de excepcional interesse social, sem considerar os valores sociais à época da decisão, ou os impactos concretos provocados pela lei ou ato inconstitucional na sociedade? É um conceito com núcleo essencial bem delimitado, o qual dá ao julgador constitucional ideia do caminho a seguir quando da modulação de efeitos, ao mesmo tempo em que deixa amplas lacunas a serem preenchidas mediante investigação dos fatos na Corte.

Nesse sentido, é imperioso a este trabalho filiar-se à opinião de Herani<sup>125</sup>, o qual peleja em prol da “indispensabilidade de uma estrutura procedimental aberta na solução hermenêutico-constitucional dos casos de grande relevância ocupados pelo Estado democrático”. A posição deste autor é esclarecida por Marinoni<sup>126</sup>. O autor advoga em prol de

<sup>124</sup> A fim de colacionar outro exemplo, vale ressaltar que as medidas cautelares também se apoiam em cláusulas processuais abertas (“excepcional urgência e relevância da matéria”).

<sup>125</sup> HERANI, *op. cit.*, p. 362.

<sup>126</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1217 e 1218.

um sistema de tutela constitucional composto por cláusulas abertas por entender que existe uma distinção entre ação constitucional, tutela à constituição e técnicas processuais.

A ação constitucional é vista como direito abstrato “à preordenação das técnicas idôneas a permitir a obtenção das tutelas prometidas”<sup>127</sup>, *i.e.*, é o direito à existência de meios hábeis à manutenção da higidez da Carta Maior e de sua efetivação no tecido social. As tutelas, a seu turno, seriam diversas e variariam de acordo com o caso efetivo, uma vez que a constituição pode demandar a tutela de omissões legislativas, agressões a preceitos fundamentais, a desaplicação de direito que, de fato, está em acordo com a carta maior ou a mera contradição normativa entre o direito infraconstitucional e aquele contido na referida carta.

Quanto às técnicas processuais, estas são ainda mais diversas – são os instrumentos à disposição do Supremo Tribunal Federal no bojo da ação e, como sobredito, prestam-se à efetivação da tutela da jurisdição constitucional. Seriam elas, *e.g.*, o *amicus curiae*, a audiência pública, a oitiva de peritos, esclarecimentos do legislador, a modulação de efeitos, as decisões liminares e mesmo o poder de não decidir.

Ora, tendo este arcabouço teórico em mente, é possível compreender o que Hernani dissera acima, à luz do que já se expôs a respeito da importância dos fatos no processo constitucional objetivo: diante da pluralidade de fatos e situações sociais, da forma como tais eventos se relacionam com as normas e da constatação da imprevisibilidade de como tais eventos se arranjarão em um caso determinado de (in) constitucionalidade, não resta outra opção racional para o sistema senão

*a instituição de regras que confirmam à Corte o poder de utilizar as técnicas processuais em conformidade com as tutelas que lhe cabe prestar e [...] de acordo com as peculiaridades de cada uma das situações concretas que lhe são oferecidas*<sup>128</sup>.

Outro instrumento à disposição do Supremo Tribunal Federal para concretização da constituição no processo concentrado são as técnicas decisórias que extrapolam a mera declaração de (in) constitucionalidade, previstas no parágrafo único do art. 28, da Lei 9.868/99:

Art. 28. [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, **inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito

---

<sup>127</sup> MARINONI, *op. cit.*, 1216.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 1216.



vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Sabe-se<sup>129</sup> bem que a interpretação conforme à Constituição destina-se a afirmar a única interpretação possível de uma determinada disposição ou de um dado dispositivo, ao passo que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto tem o fito de eliminar certas interpretações inconstitucionais da norma impugnada. Em suma, por um lado, busca-se discriminar o único sentido possível da norma e, por outro, busca-se eliminar a hermenêutica inadequada.

Há, além dessas duas técnicas decisórias, aquela da declaração parcial de inconstitucionalidade, presente no *caput* do art. 23, da Lei 9.868/99<sup>130</sup>. Decisões dessa natureza são classificadas pela doutrina como reconstrutivas da legislação, visto eliminarem parcelas dela, em um ato semelhante a uma emenda supressiva do processo legislativo.

Tais tipos de decisão inserem-se em uma lógica concretizadora em razão de seu elo com a realidade fática subjacente à norma. Ora, tomemos como exemplo a interpretação conforme: nos casos em que a Corte opta por tal técnica decisória, nada mais faz ela do que analisar uma norma até então vigente e produtora de efeitos, promulgada em conformidade com os procedimentos constitucionalmente adequados, mas com semântica que, no momento do julgamento, destoa da forma como se compreende a constituição. Dito de outra forma, embora em um determinado momento tal norma possuísse sentido plenamente constitucional, em razão da alteração na compreensão da própria Constituição, a referida norma deve passar por adequação semântica a fim de perdurar no ordenamento.

Esse olhar voltado para a realidade fática e que leva à reconstrução do sentido da norma é justamente o que distancia as técnicas decisórias em questão, sobretudo a interpretação conforme e a declaração parcial sem redução de texto, do modelo de controle abstrato tradicional. O mero exame de contradição normativa entre o texto legal e o texto constitucional desprezaria “a parcela da facticidade social presente no teor da norma”<sup>131</sup>.

Ainda tratando do instrumental à disposição dos julgadores da jurisdição constitucional, é válido tecer certas considerações a respeito da modulação dos efeitos da decisão de (in)

<sup>129</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1222.

<sup>130</sup> Art. 23. Efetuado o julgamento, **proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada** se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

<sup>131</sup> MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, citado por HERANI, 2012, p. 123.

constitucionalidade. Tal técnica processual, conjuntamente com a medida liminar, é por excelência um instrumento de tutela da ordem constitucional a partir de fatos e eventos concretos.

Ora, se apenas a mera contradição entre normas fosse a questão a ser sanada, a solução seria a exclusão da norma do ordenamento. No entanto, tal norma pode ter produzido efeitos concretos com uma tal magnitude que sua imediata exclusão poderia trazer mais prejuízos ao ordenamento constitucional do que a própria perda de sua eficácia<sup>132</sup>. Percebe-se que, no plano meramente lógico-normativo, a modulação de efeitos estaria produzindo verdadeira aberração sistêmica, ao constatar a inconstitucionalidade de uma norma, ao mesmo tempo que permite que mantenha seus efeitos ou que continue a produzi-los por determinado período. No entanto, na dimensão concreta, essa técnica decisória visa resguardar outros princípios de ordem constitucional, tais como a segurança jurídica<sup>133</sup>.

Conforme extrai-se do voto do Ministro Gilmar Mendes, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240, na qual se discutia a validade da lei que instituía o Município de Luís Eduardo Magalhães, “o Ministro Eros Grau votou pela improcedência da ação após tecer percuciente análise sobre a realidade fática fundada na lei impugnada e o peso que possui, no caso, o princípio da segurança jurídica”.

Neste exemplificativo julgado, estava-se diante de uma lei claramente inconstitucional, tendo em vista ter infringido os procedimentos formais da Constituição, mas produtora de efeitos com grave repercussão social, de modo que a Corte se viu diante do desafio de rejeitar a antinomia sistêmica da norma inconstitucional, ao mesmo tempo em que buscava preservar a realidade por ela produzida, em nome do já três vezes citado princípio da segurança jurídica. A ação em tela é ilustração clara de como opera a modulação de efeitos e de como é ela um mecanismo umbilicalmente atrelado à análise fática por detrás da contradição normativa.

Vale mencionar também o instituto das decisões liminares. A despeito da controversa<sup>134</sup> em torno da aplicação desta técnica no processo objetivo, fato é que as decisões liminares constituem ferramenta processual apta a sanar os efeitos do tempo sobre o objeto da tutela jurisdicional, enquanto seu julgamento não vem a termo. Dito de outra forma, as liminares têm estreita relação com o *tempo*. Não fosse por ele, “a liminar jamais seria necessária, uma vez que

---

<sup>132</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1226.

<sup>133</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO; *op. cit.*, p. 1264.

<sup>134</sup> Para maiores detalhes, conferir “Processo Constitucional e Democracia”, Parte II, último capítulo, tópico IX, MARINONI, 2021.

a urgência ou o perigo obviamente não teriam motivo para obrigar a Corte a antecipar alguma eficácia da sua decisão”<sup>135</sup>.

Outrossim, como sobredito no trecho desta obra que tratou das cláusulas processuais abertas na tutela objetiva, a técnica da medida cautelar é intimamente atrelada ao caso concreto que se apresenta à Corte, pois somente ele poderá determinar o alcance da aplicação do instituto. Para confirmar tal entendimento, basta a leitura dos trechos grifados da Lei da 9.868/99, abaixo reproduzidos:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

**§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.**

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

**§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.**

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

**§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.**

§ 2º A concessão da **medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.**

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, **em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica**, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

No caso do primeiro parágrafo, o caso concreto é que determinará a oitiva do Advogado-Geral (imagina-se que isso pode ocorrer em casos de especial interesse da União ou nos quais ela esteja diretamente envolvida); já no terceiro parágrafo, a excepcional urgência a ser

---

<sup>135</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1244.

considerada pela corte deverá ser demonstrada pelo legitimado em face da realidade em que se insere a norma; o art. 11 e seus parágrafos, por seu turno, abrem à Corte a discricionariedade necessária para avaliar o grau de aplicação dos efeitos da medida cautelar – e isso também diante dos contornos fáticos e, portanto, políticos, econômicos e sociais subjacentes à norma impugnada. Nessa sorte, é inconcebível pensar tal medida em um modelo semelhante ao elaborado pela Teoria Pura de Kelsen.

#### **4.2.2. Constatação dos fatos relevantes no processo objetivo – instrução probatória nos diferentes tipos de tutela constitucional**

Além das referidas técnicas processuais, o legislador conferiu à Corte autorização para investigar os fatos subjacentes às ações concentradas, produzir provas e valorá-las. Ora, tanto se falou a respeito de técnicas no processo constitucional que estão intimamente ligadas à realidade concreta, mas tal realidade precisa receber um valor jurídico antes de servir como subsídio de uma decisão de (in) constitucionalidade.

Assim, não é possível aplicar uma medida cautelar, a título de exemplo, sob o argumento de que haveria *periculum in mora* sem que se demonstrasse a periculosidade. Outrossim, nota-se que, para o emprego de todas as técnicas supra referidas, é necessária instrução probatória no bojo da ação constitucional. A Lei 9.868/99, em seus arts. 9º, §1º e 20, §1º, juntamente com a Lei 9.882/99, em seu art. 6º, §1º, positivam no ordenamento a dilação probatória em sede de controle abstrato:

Lei 9.868/99

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Lei 9.882/99

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A partir dos procedimentos elencados em tais artigos, juntamente com a possibilidade de admissão da figura do *amicus curiae*, conforme art. 7º, §2º (“O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”), entende-se que o Supremo Tribunal Federal poderá utilizar-se de todos os meios necessários para o conhecimento dos fatos relevantes à compreensão da questão de (in) constitucionalidade.

Ao referir-se ao termo tutela constitucional, o presente trabalho, na realidade, busca fazer menção às ações do controle concentrado. Filia-se aqui à visão já exposta de Marinoni<sup>136</sup> de que a ação constitucional é uma, mas que as tutelas à Constituição são diversas, de modo que seria desnecessário instituir tantos procedimentos quanto fossem as tutelas.

Em prol dessa argumentação erige-se a constatação de que as mesmas técnicas processuais estão presentes nos procedimentos das quatro ações do processo objetivo, procedimentos esses que divergem apenas quanto a certas minúcias próprias da tutela que se pretende efetivar em cada um. É dessas divergências e do aspecto concreto de cada uma que se trata a seguir.

Em razão de tudo o que fora dito até então aplicar-se à tutela geral de inconstitucionalidade, direciono-me prontamente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), sem outras repetições no que pesem as ADIs ‘convencionais’.

A omissão legislativa pode dar-se de forma total ou parcial: é total quando o Legislador ou a Administração não providenciam a estrutura normativa ou fática necessária à efetivação de um direito fundamental ou de um mandamento constitucional; é parcial quando o provimento é insuficiente para provimento adequado da tutela (omissão parcial em sentido vertical), ou quando apenas um setor da sociedade, dentre todos aptos a se beneficiarem da norma, é por ela contemplado (omissão parcial em sentido horizontal, a qual viola o princípio da isonomia).

A verificação da ocorrência de um ou outro tipo de omissão constitucional – e do grau em que ocorrer – demanda o exercício da atividade probatória. Em primeiro lugar por ser necessário saber se de fato há uma omissão, algo que se descobre demonstrando que um Poder ou órgão da Administração não agiu e comprovando que ele deveria ter agido. Em outros

---

<sup>136</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1214 a 1218.

termos, a fim de constatar uma omissão inconstitucional, é necessário comprovar não somente a inação do órgão, mas também sua responsabilidade de agir.

Consideremos os desacordos morais razoáveis<sup>137</sup>, temas que a sociedade, democraticamente, ainda não avaliou suficientemente, de forma a chegar a um consenso. Quanto a tais desacordos, seria constitucional e democraticamente correto que o Supremo Tribunal Federal fizesse, pura e simplesmente, as vezes do legislador, esvaziando o princípio democrático? Evidentemente que não. Nesse sentido, no processo em que se busca aferir a inconstitucionalidade por omissão, também é imperioso constatar, juntamente com a responsabilidade do órgão e de sua inação, o decurso de tempo apto ao exercício da atividade de produção normativa. Ora, se uma dada lei já está em trâmite no âmbito do Legislativo e seu objetivo é justamente densificar a Constituição ao cumprir seu programa legislativo, não é correto supor que há uma omissão<sup>138</sup>.

Pelo exposto, percebe-se que a ADO, ainda que analise em abstrato a mora inconstitucional, não pode tutelar adequadamente a ordem constitucional sem intenso debate e produção probatória em seus autos.

Parte-se, pois, à análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Inicialmente, supôs-se que esta ação teria o condão de privar os tribunais e juízes ordinários do exercício interpretativo, em um esforço de minar o controle difuso de constitucionalidade. Tanto fora assim que Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizara Ação Direta contra a Emenda Constitucional nº 3, diploma instituidor da ADC. Por falta de legitimidade da associação, o pleito fora rejeitado.

Não obstante essa incompreensão inicial, o verdadeiro escopo da ação de constitucionalidade “não é eliminar dúvida interpretativa, mas atribuir certeza jurídica e plena eficácia à aplicabilidade de uma norma cuja constitucionalidade é posta em estado de dúvida”<sup>139</sup>. Em outros termos, em face da incerteza por parte dos tribunais inferiores a respeito da constitucionalidade de determinada norma, a ADC mostra-se como meio adequado à tutela da segurança jurídica.

---

<sup>137</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1257

<sup>138</sup> Ainda assim, pode o STF aplicar norma provisória em caso de ausência normativa implicar em violação a direitos fundamentais, a qual terá validade até a edição da lei ou ato normativo pelo órgão competente.

<sup>139</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1261.

A ação declaratória toca os fatos, superando a etérea abstração do tradicional modelo concentrado de controle, ao ter como requisito de admissibilidade a necessidade da prova de que a constitucionalidade de uma determinada norma é posta em dúvida pelos tribunais inferiores e que tal dissenso tem vulto tal que a jurisdição constitucional precisa dar-lhe resposta. Assim, veja-se a redação do art. 14, da Lei 9.868/1999:

Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

**III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.**

Ora, a segurança jurídica é valor de primeira categoria no ordenamento. A partir da previsibilidade do direito, a atividade econômica, política e social pode se desenvolver. A aplicação uniforme do direito permite que a sociedade se planeje, que a economia se desenvolva e que toda sorte de estratégia para o futuro seja traçada.

É nesse cenário que ação declaratória desponta: é ela o meio disponível para tutelar a segurança jurídica e evitar, por consequência, que projetos de vida sejam instituídos, mas posteriormente desfeitos em razão de uma eventual declaração de inconstitucionalidade por um tribunal inferior<sup>140</sup>.

Ora, “quando a suspeita de inconstitucionalidade tem a possibilidade de evitar a aplicação da lei em proveito da sociedade” ou quando pode “trazer transtornos sociais e sérios prejuízos materiais – derivados do problema da nulidade da lei inconstitucional –, há ameaça à segurança jurídica”<sup>141</sup>. Tal ameaça demanda demonstração, pela via da instrução probatória e do debate em torno dos fatos subjacentes à norma veiculada na ação declaratória.

A necessidade de tutela à segurança jurídica, portanto, revela-se dentro de um caso concreto, e não no plano simplesmente deontológico. Ora, caso a tutela à constituição ainda se limitasse à reles aferição da contradição normativa, não haveria necessidade da ação de constitucionalidade, vez que, sobretudo as leis, já gozam da presunção de constitucionalidade, não necessitando de confirmação.

Contudo, é a realidade fática – verdadeiro receio jurídico suscitado pela aplicação do direito em determinados locais e desaplicação em outros, ou mesmo pela reputação geral de

---

<sup>140</sup> MARINONI, *op. cit.*, pp. 1262 a 1265.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 1266.

ineficácia a dada norma que exerce graves efeitos sobre a sociedade – que justifica a provocação do Supremo Tribunal Federal.

Parte-se, por fim, à Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), a ação subsidiária do controle concentrado brasileiro. Este instrumento jurídico complementa a envergadura da jurisdição constitucional federal, ao permitir ao Supremo Tribunal Federal debruçar-se diretamente sobre temas que, outrora, eram-lhe inacessíveis – ou não o eram de forma tão livre.

Por meio da ADPF, o STF pode analisar a constitucionalidade do direito municipal, das normas pré-constitucionais em vigor e das normas secundárias do ordenamento. No entanto, o grande trunfo desse peculiar instrumento constitucional brasileiro é que, por meio dele, pode-se avaliar “a hipótese em que há falta ou insuficiência de prestação fático-administrativa para a tutela de direito fundamental”<sup>142</sup> e se há uma situação-de-fato-inconstitucional.

A cláusula aberta ‘preceito fundamental’ autoriza a jurisdição constitucional a navegar em águas mais profundas e a estender seus ramos para além da contradição normativa pura e simples.

Toma-se a ADPF nº 347 como exemplo. Nesta ação debateu-se a adequação do sistema prisional brasileiro, haja em vista que, em razão da precariedade deste, preceitos fundamentais da constituição, notadamente aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana, sofriram frontal agressão a partir de atos e omissões de diversos órgãos e esferas do poder público. Segue trecho do relatório da medida cautelar expedida no bojo dessa arguição, o que ilustra bem o argumento deste tópico:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL busca, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, **seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro** e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

[...]

**Aponta a adequação da via eleita ante o preenchimento dos requisitos próprios: violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.**

Assevera que **a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal**, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa

---

<sup>142</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1269.



humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Sustenta que o quadro resulta de **uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial**. Consoante assevera, os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição.

Outro ilustrativo exemplo de como a ADPF está imiscuída de elementos concretos é a recente Arguição nº 709, que “tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os povos indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias”. Em concreto, o STF buscava que a União instalasse, segundo plano a ser elaborado por ela própria, barreiras que impedissem a entrada, nas áreas demarcadas, de pessoas estranhas às comunidades, a fim de reduzir os riscos de contágio pelo coronavírus.

Em suma, além das outras possibilidades de controle contempladas pela ADPF – direito municipal, pré-constitucional e atos normativos secundários –, a arguição busca prover tutela de remoção de situação concreta que viole direitos e preceitos fundamentais do ordenamento. Em outros termos, a ADPF não busca fazer as vezes do processo civil condenatório e sancionar a ocorrência de atos ilícitos, pois não é a isso que a jurisdição constitucional se presta. Seu escopo, outrossim, é “a tutela jurisdicional destinada a remover ou a eliminar a realidade concreta que o direito proíbe”, de modo que se configura na tutela “destinada a fazer valer o desejo da norma violada”<sup>143144</sup>.

A brevíssima análise das peculiaridades de cada uma das ações do controle concentrado de constitucionalidade permite concluir a importância que o Legislador, a Constituição e o próprio Supremo Tribunal Federal têm dado aos fatos no âmbito do processo abstrato. De fato, embora a contradição normativa ainda seja o objeto central das ações acima, a análise feita tem teor distinto do tradicional modelo sugerido pela Teoria Pura de Kelsen e pelo positivismo

---

<sup>143</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 1274.

<sup>144</sup> A forma como isso dá, todavia, não pode ir além do mínimo constitucional exigido para a satisfação do preceito fundamental. Isso porque a jurisdição não substitui a Administração e o Legislativo. É nesse sentido que, no bojo da já referida ADPF nº 709, o Supremo determinara não ele próprio um plano de combate à pandemia e seus efeitos nas comunidades indígenas, mas sim que a União e outros agentes o fizessem. Da mesma forma, na medida cautelar da ADPF nº 347, o provimento conferido fora determinar o cumprimento de artigos específicos de certos tratados internacionais que visam à tutela dos direitos humanos, a realização de audiências de custódia dentro de determinado prazo em todo o território e a liberação dos recursos contingenciados pelo Fundo Penitenciário Nacional, a fim de obter melhoria na situação dos presídios.

liberal, na medida em que se busca compreender a norma dentro de um contexto mais abrangente que aquele fornecido pela reflexão meramente lógica e jurídica. Busca-se tutelar a forma como a norma interage com a realidade, visto que a Constituição é orientada aos fatos, *i.e.*, é pensada para se tornar efetiva na vida social e permeá-la por inteiro.

## 5. CONCLUSÃO

O tema que esta monografia se propôs a analisar é, de fato, vasto o suficiente para compor tomos e tomos de direito processual constitucional, sem que toda a discussão pudesse, de fato, ser plenamente abordada sob todas as perspectivas relevantes e considerando todas as imbricações pertinentes. No entanto, para o fim proposto, considero as razões acima como suficientes para, ao menos, traçar as linhas gerais da discussão em torno da modificação dos arranjos tradicionais do controle de constitucionalidade brasileiro.

É possível concluir, portanto, que o ordenamento brasileiro não alberga mais o controle difuso e o controle abstrato em sua forma pura e original. A primeira modalidade, como observou-se, rompeu com o paradigma, adotado desde a Constituição de 1891, de um sistema incidental sem mecanismos capazes de assegurar a observância das decisões e razões da Corte Suprema.

Tal ruptura mostrou-se como desfecho necessário a uma longa querela enfrentada pelo Direito brasileiro, que se debateu por aproximadamente um século com as consequências das antinomias existentes no arranjo institucional do sistema de controle de constitucionalidade de então. Notadamente, conferir ao Supremo Tribunal Federal o instrumental necessário para que a Corte pudesse estender os efeitos das decisões de (in) constitucionalidade proferidos na via incidental é justamente o que o modelo brasileiro necessitava.

Soluções anteriores, como conferir ao Senado a prerrogativa de suspender a eficácia das normas condenadas pelo Supremo ou mesmo a introdução do controle concentrado com o fim de dar solução uniforme a casos semelhantes, não foram capazes de atingir os fins que somente precedentes obrigatórios podem realizar.

Isso pois, por um lado, a suspensão da eficácia pela via senatorial está sujeita ao juízo de conveniência política e às pautas tidas por relevantes pelo próprio órgão, de modo que leis inconstitucionais poderiam permanecer vigentes caso se julgasse pertinente – o que é uma contradição lógica e jurídica, e uma afronta à Constituição.

Por outro lado, a introdução do controle abstrato não foi apta a solucionar as carências sistêmicas da via difusa em razão de ser uma forma de acesso à jurisdição constitucional naturalmente mais estreita. Em outros termos, a impugnação pela via direta, restrita a alguns poucos legitimados, não contempla todo cenário fático, político, social, econômico e jurídico que demande uma resposta constitucional – situações que surgem, essencialmente, no bojo de demandas concretas.

Nesse sentido, é opinião deste breve estudo, pelas razões já expostas, que o ordenamento jurídico brasileiro era dotado de forte irracionalidade, no que pese o controle difuso de constitucionalidade. O transplante de um sistema oriundo do Direito norte-americano, filiado à tradição de *common law* e com características próprias, para o Direito pátrio, membro da família jurídica romano-germânica, sem que se abandonassem certas características desta corrente, fez com que o controle difuso brasileiro prescindisse justamente do elemento que lhe traria ordem e que garantiria a unidade do Direito, a segurança jurídica e a isonomia. Refiro-me ao *stare decisis*.

A desconfiança que pairava sobre os juízes, a supremacia do Parlamento, a radical noção de legalidade e outros fatores, como a concepção à época de grave separação dos Poderes Constituídos, impediram que os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, pudessem exercer com liberdade seu papel constitucional.

A Corte Suprema, em especial, ainda que dotada do poder de aferir a constitucionalidade das leis no caso concreto, manteve-se reduzida por muito tempo a uma mera corte de cassação; sendo-lhe recorrentemente negados os meios para exercício de sua vocação de Corte Constitucional e de Tribunal da Federação.

A Constituição atual não poderia conviver com semelhante modelo. O paradigma presente, neoconstitucionalista, apoiado sobre as máximas da efetivação dos direitos fundamentais e da garantia da dignidade da pessoa humana, encontra no Poder Judiciário e na hermenêutica os principais instrumentos de atribuição de sentido à Carta Maior.

Nessa toada, seria inevitável que mudanças ocorressem no sentido de adequar o controle de constitucionalidade à presente racionalidade jurídica. Outrossim, conforme frisou-se, não obstante a eficácia geral e os efeitos vinculantes das decisões fossem traços típicos do modelo original austríaco, não se pode afirmar que tais notas constituem patrimônio exclusivo do controle abstrato.

É assim que, portanto, o trabalho chega à conclusão de que o fenômeno em tela não é de abstratização do controle difuso, mas sim de recuperação de sua racionalidade, à luz das necessidades do atual paradigma constitucional. Assim, a introdução no ordenamento, via legislação e emendas à constituição, de um sistema de precedentes, do filtro de repercussão geral, de súmulas vinculantes e, pela via da jurisprudência, da extensão da obrigatoriedade de observância dos motivos determinantes das decisões dos tribunais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, não pode ser um fenômeno visto como convergência do controle concreto

para o abstrato; pois, como se observa, é óbvio que tais institutos não lhe pertencem e que dizer o sentido da Constituição, independentemente da via, é sempre algo que dirá respeito a toda a sociedade.

Não obstante, não se pode com toda a certeza postular pela tese de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental sejam dotadas automaticamente dos mesmos efeitos que as decisões do controle concentrado. Os meios disponíveis para a expansão das razões da Corte no âmbito do próprio Judiciário são aqueles disponibilizados pelo Código de Processo Civil, de modo que sim é possível falar em um sistema de precedentes no ordenamento processual constitucional pátrio. No entanto, quanto à expansão dos efeitos destas decisões incidentais para a Administração (caráter vinculante), tem-se que o meio idôneo para tanto continua a ser a resolução senatorial, acompanhada da súmula vinculante, muito embora a jurisprudência já caminhe no sentido de que as decisões proferidas em controle incidental (informativo 886 e temas 881 e 885 de RG) sejam munidas de efeitos idênticos ao do controle abstrato. Dito de outra forma, embora o sistema nacional de controle difuso tenha evoluído em muitos sentidos, não se adota ainda regra idêntica à do *stare decisis* em nosso ordenamento.

O atual paradigma, conclui este trabalho, também levou a mudanças no controle abstrato de constitucionalidade.

Demonstrou-se o processo constitucional concentrado e abstrato em sua forma clássica e sublinhou-se suas características mais notáveis, quais sejam, a sua completa dissociação dos fatos e elementos subjacentes à norma, quando da avaliação da constitucionalidade; bastando para tanto o simples juízo em torno da contradição normativa entre o *texto* infraconstitucional e aquele constante da Carta Magna.

Igualmente, consignou-se os motivos pelos quais tal concepção de controle normativo não pode subsistir em harmonia com o constitucionalismo atual. O paradigma kelseniano tinha sua razão de ser ancorado na realidade em que fora concebido e afigurou-se como resposta a problemas próprios daquele momento.

Quando da elaboração de sua Teoria Pura, o austríaco se debatia contra correntes doutrinárias que subsidiavam tendências autoritárias da época e que esvaziavam a Constituição de seu significado. O modelo criado buscava, portanto, assegurar a coerência do Direito enquanto sistema e a preservação da supremacia da Carta Maior, bem como o cumprimento de

sua função como norma de ápice; e os meios encontrados para tanto foram aqueles que se compatibilizaram com a tradição romano-germânica, na qual se inseria a Áustria.

Todavia, como já ressaltado, as necessidades sociais e constitucionais presentes transcendem a mera tutela da supremacia da Constituição. As cartas políticas atualmente, além de organizarem a política e o Estado administrativamente, são sobretudo grandes ordenadoras da vida social e detentoras de projetos profundos de alteração da realidade social, rumo à concretização dos valores maiores, como a plena obtenção da dignidade humana.

Dada a abrangência deste conceito e seu caráter horizontal, isto é, dado que a realização deste projeto constitucional supõe que os projetos da Carta Maior sejam efetivados em todo o ordenamento, conclui-se que o controle de constitucionalidade, enquanto instrumento desta efetivação, não pode se mostrar alheio aos fatos sociais, políticos e econômicos – justamente por ser neles, *i.e.*, na realidade concreta que a Constituição atinge seu sentido maior.

Concluiu-se, portanto, a esse respeito que o controle abstrato teve de sofrer modificações aptas a retirá-lo de seu pedestal etéreo e transcendente, puramente deontológico, e coloca-lo mais próximo da realidade concreta.

Isso, contudo, não elimina a análise da contradição normativa entre as leis ou atos normativos e o texto constitucional; mas, por outro lado, incrementa tal análise. Concretizar o controle abstrato não é fundi-lo ao controle concreto. Ou seja, não se abandonou a tutela direta e exclusiva da Constituição para retornar a um controle possível mormente por ações concretas.

Há conflitos constitucionais que dificilmente figurariam no bojo de um recurso extraordinário, por exemplo, por não serem questões presentes no cotidiano da sociedade. Tais casos por ventura não deveriam receber tutela constitucional? Evidentemente que deveriam.

Nessa sorte, a tese que, por fim, se extrai deste trabalho, sustentada por todas as razões aduzidas até então, é que o ordenamento constitucional brasileiro estabeleceu uma série de programas, diretrizes e princípios que pretendem guiar a nação rumo a uma realidade mais próspera, digna, harmônica e democrática, configurando-se como uma resposta aos prévios períodos autoritários, por um lado, e às anteriores concepções meramente formalistas de constituição. Seu escopo é subsidiar a edificação do ser humano em todas as suas dimensões.

Para tanto, o constituinte dotou o Supremo Tribunal Federal da missão de velar na guarda da Constituição e, com isso, assegurar o projeto em tela.

A Corte, com isso, é vista pela Constituição de 1988 não como um mero tribunal de apelação, mas como verdadeiro Tribunal Constitucional e Juiz da Federação, cabendo-lhe dar a palavra final e a correta interpretação da ordem constitucional, explicitando a vontade desta. Por ser órgão judiciário, o meio por excelência de que dispõe o Supremo na persecução de sua finalidade institucional são suas decisões, sobretudo as de caráter definitivo tomadas pelo colegiado Pleno.

Quando a Corte decide, ela decide para todo o Brasil e para todas as suas instituições, independentemente do tipo de ação que esteja sendo decidida. Sua jurisdição e autoridade são nacionais e sua missão exige que os entendimentos firmados a partir do consenso dos ministros sejam observados por todos. Este imperativo lógico e jurídico fez com que a via difusa sofresse as alterações supracitadas e passasse, no ordenamento, a ser dotada da capacidade de vincular a Administração e os demais órgãos do Judiciário. Também é por força disso que se expõe que o Supremo teve de se abrir à apreciação fática, pois que não seria possível uma tutela adequada à ordem constitucional, nos moldes já ressaltados, sem que a Corte se aproximasse da realidade concreta.

É assim que as duas vias de controle de constitucionalidade do ordenamento brasileiro sofreram, por vários meios, alterações substanciais nas últimas décadas, com contribuições da legislação, da jurisprudência e do constituinte reformador, até que chegassem ao atual patamar, que não cessa de evoluir.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Mauro La-Salette Costa Lima de. *Os dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade: controle americano vs. Controle europeu*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-3862, Teresina, ano 16, n. 2883, 4 de abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18833>. Acesso em 18 de janeiro de 2023.
- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais* (1893). 2ª ed. Campinas: Russel, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BEDICKS, Laura Baracat. *Sistema difuso de controle de constitucionalidade e civil law no Brasil – eventuais relações*. 2017. 134 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, 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: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 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: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1934). Lex: Constituição 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: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1937). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm) . Acesso em 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1946). Lex: 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: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1967). Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm) . Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). Lex: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html> . Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 510 de 22 de junho de 1890. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625> . Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm) . Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.
- \_\_\_\_\_. *Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)*. Tomos I, II e III. Brasília: Senado Federal, 2003.



\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm)>. Acesso em: 20/01/2014, às 19:05.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc16-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Lei n. 105, de 12 de maio 1840. Interpreta alguns artigos da reforma constitucional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim105.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20105%2C%20DE%2012%20DE%20MAIO%20DE%201840.&text=Interpreta%20alguns%20artigos%20da%20Reforma,Elle%20Sancionou%20a%20Lei%20seguinte..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim105.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20105%2C%20DE%2012%20DE%20MAIO%20DE%201840.&text=Interpreta%20alguns%20artigos%20da%20Reforma,Elle%20Sancionou%20a%20Lei%20seguinte..)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1851-1900/10221-1894.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20221%2C%20DE%2020,Art.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221-1894.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20221%2C%20DE%2020,Art.)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.868, de 12 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: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 25/01/2023, às 16:00.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1662. Ação direta de inconstitucionalidade, instrução normativa 11/97, aprovada pela resolução 67, de 10.04.97, do órgão especial do tribunal superior do trabalho, que uniformiza procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 30 de agosto de 2001. Tribunal Pleno, DJ 30/08/2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2240. Ação direta de inconstitucionalidade, lei n. 7619, do estado da Bahia, que criou o município de Luis Eduard Magalhães. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 9 de maio de 2007. Tribunal Pleno, DJ 09/05/2007.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a

arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. DJe: 09/09/2015.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 direitos fundamentais. povos indígenas. arguição de descumprimento de preceito fundamental. tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da covid-19. cautelares parcialmente deferidas. rel. min. roberto barroso. Brasília, 5 de agosto de 2020. dje: 05/08/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Coletânea temática de jurisprudência: controle de constitucionalidade. Brasília, Livraria do Supremo: 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.372, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/12/1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 09/09/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 07/10/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.987. Reclamação, cabimento, afronta à decisão proferida na ADI 1662-SP, sequestro de verbas públicas, precatório, vencimento do prazo para pagamento, emenda constitucional 30/00, parágrafo 2º do artigo 100 da constituição federal. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 1º de outubro de 2003. Tribunal Pleno, DJ 21/05/2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335. Reclamação, Progressão de regime, Crimes hediondos, Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006, Superveniência da Súmula Vinculante n. 26, Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, Caráter expansivo da decisão, Reclamação julgada procedente. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Tribunal Pleno, DJe 22/10/2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 108, abril de 1984. Disponível em <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/108\\_1.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/108_1.pdf)>

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 828.106/SP, acórdão relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki, publicado em 15/05/2006. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7161058/inteiro-teor-12885789>>. Acesso em 25/01/2023, às 16:00.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federa, 1978.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, José Fraga Teixeira de; GARCIA, Clovis Lema; SOUSA, José Pedro Galvão de. *Dicionário de Política*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História Contextual do Controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 4, pp. 2521-2543, julho, 2017.

\_\_\_\_\_. *História do Judicial Review: o mito de Marbury*. Revista de Informação Legislativa, RIL, n. 209, jan/mar 2016, p. 115-132. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/520000>> Acesso em 25/01/2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Controle de Constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado*. 11ª Ed. ver. Ampl. e atual – São Paulo: JusPodivm, 2022.

DANTAS, Ivo; MAIOR, Silvério Souto; SILVESTRE, Janini. *Abstrativização do controle difuso brasileiro e suas múltiplas facetas*. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 10, n. 18, p. 54-71, jan-jun. 2018.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 342.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O Controle Abstrato de Constitucionalidade sob o Enfoque dos Princípios Processuais*. 2010, 241 f., dissertação – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *A Constituição dos Estados Unidos*. Revista de informação legislativa, RIL, vol. 24, n. 96, p. 105-112, out/dez 1987. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181796>>

FAIDIGA, Daniel Bijos. *Efeito vinculante e declaração incidental de inconstitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

FILHO, José S. Carvalho; MENDES, Gilmar Ferreira. *Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em controle incidental*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: vol. 11, n. 20, p. 179-201, jan-jul, 2019.

HERANI, Renato Giuliano. *A prova da inconstitucionalidade das leis na Justiça Constitucional brasileira*. Dissertação em doutorado em Direito do Estado, subárea de Direito Constitucional – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional* – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNIOR, George Sarmento Lins; JUNIOR, José Ailton da Silva. *O neoconstitucionalismo no Brasil e o protagonismo do poder judiciário*. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**. Recife, vol. 88, n. 1, pp. 76-100. Jan./jun., 2016.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. 1ª Ed. São Paulo; Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. *Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil: da Constituição imperial à Emenda Constitucional n. 45/2004*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 43, n. 170 (abr./jun. 2006). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92446>>

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, 2004

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergui Antonio Fabris Ed., 2009.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. *O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e a abstratização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF*. 2001. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Tese (mestrado em direito constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020.