



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DESAFIOS DO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO: ABSTRATIVIZAÇÃO E TENSÃO  
POLÍTICO-INSTITUCIONAL

Hércules da Conceição Ceia Júnior

Rio de Janeiro  
2022

HÉRCULES DA CONCEIÇÃO CEIA JÚNIOR

DESAFIOS DO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO: ABSTRATIVIZAÇÃO E TENSÃO  
POLÍTICO-INSTITUCIONAL

Monografia apresentada como exigência para a  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Eduardo de Oliveira Gouvêa.

Coorientadora:

Prof.<sup>a</sup> Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro  
2022

HÉRCULES DA CONCEIÇÃO CEIA JÚNIOR

DESAFIOS DO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO: ABSTRATIVIZAÇÃO E TENSÃO  
POLÍTICO-INSTITUCIONAL

Monografia apresentada como exigência para a conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022. Grau obtido: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargadora Flávia Romano de Rezende - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

Convidada: Prof.<sup>a</sup> Ana Paula Teixeira Delgado - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

\_\_\_\_\_

Orientador: Prof. Eduardo de Oliveira Gouvêa- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Deus, por sempre me abençoar.

Aos meus pais, e minhas avós, pelo apoio hercúleo que me permitiu chegar até aqui.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo bem mais preciso, que é a vida, e por ter me dado força para vencer todas as barreiras ao longo do curso.

Ao professor e orientador Eduardo de Oliveira Gouvêa, pela parceria de sempre, e por me despertar o interesse pelo tema, compartilhando, de maneira leve e sadia, o seu vasto conhecimento.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por me proporcionar o acesso a este curso de qualidade ímpar, que me torna um estudante mais maduro, e melhor profissional.

Aos meus pais, pelo incentivo constante.

Às minhas avós, pelo apoio incondicional.

A todos que contribuíram para a realização e conclusão do presente curso.

“Toda honra e glória seja dada a Deus!”.

Salmos 29:1-4

## SÍNTESE

As decisões do Supremo Tribunal no papel de guardião da Constituição da República Federativa do Brasil são de grande destaque nos dias de hoje. A abrangência das decisões da Corte tem como uma das causas a abstrativização da jurisdição constitucional, notadamente, do julgamento do recurso extraordinário. O presente trabalho, a partir de uma análise histórica e procedimental, traz à lume as consequências práticas da referida atuação da Suprema Corte. A partir disso, buscar-se-á compreender as incoerências do sistema de controle de constitucionalidade, e a crise político institucional.

**PALAVRAS CHAVE:** Jurisdição Constitucional; Abstrativização do controle de constitucionalidade; Crise Política.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1.FISCALIZAÇÃO JURISDICCIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE E O ATUAL MODELO BRASILEIRO.....	12
<b>1.1. A Jurisdição Constitucional e o Movimento Constitucionalizador.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2. O Controle de Constitucionalidade.....</b>	<b>19</b>
1.2.1 Sistema norte-americano.....	21
1.2.2. Sistema Austríaco-Europeu.....	24
<b>1.3. O Controle de Constitucionalidade no Brasil.....</b>	<b>27</b>
2. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO..	41
<b>2.1. O controle difuso-concreto e a arguição de inconstitucionalidade.....</b>	<b>41</b>
<b>2.2. O Recurso Extraordinário.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3. O julgamento em tese do recurso extraordinário.....</b>	<b>54</b>
<b>2.4. O efeito <i>erga omnes</i> da decisão proferida no incidente da repercussão geral da questão constitucional.....</b>	<b>57</b>
3. INCONGRUÊNCIAS E TENSÃO POLÍTICA DECORRENTES DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO.....	61
3.1.1. A aplicação da modulação dos efeitos.....	62
3.1.2. A atuação do Advogado-Geral da União como curador da Constitucionalidade.....	64
3.1.3. A democratização do acesso à jurisdição constitucional.....	67
<b>3.2. As funções da Suprema Corte.....</b>	<b>69</b>
<b>3.3. A crise política e o ativismo judicial.....</b>	<b>77</b>
CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS.....	88

## INTRODUÇÃO

A proposta do presente estudo é abordar, por meio da doutrina e pela análise de decisões judiciais da Suprema Corte, as transformações que sofreram e vêm sofrendo os subsistemas de controle de constitucionalidade do Brasil. O que se busca demonstrar é que tais alterações possibilitam uma maior democratização do acesso à jurisdição constitucional, o exercício, pela referida Corte, das suas funções no papel de guardião da Constituição, e a tensão institucional entre o Poder Judiciário e os demais no cenário brasileiro.

Nesse diapasão, a pesquisa adota como eixo central a abstrativização da atividade de controle da higidez constitucional efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento do recurso extraordinário, após a instauração do incidente da repercussão geral da questão constitucional.

Dessa forma, no primeiro capítulo busca-se por meio da doutrina, estabelecer o conceito de jurisdição constitucional, fazendo apontamentos históricos no sentido de suscitar o movimento constitucionalista e o sistema de freio e contrapesos estabelecido após as revoluções burguesas.

Estabelecidos tais conceitos a pesquisa adentra à sistemática do controle de constitucionalidade, abordando os sistemas que influenciaram a composição do controle de constitucionalidade presente na atual Constituição, quais sejam, o sistema de constitucionalidade norte-americano e o austríaco-europeu. Após a exposição acerca das referidas matizes teóricas, passe-se a expor o controle de constitucionalidade brasileiro desde a constituição de 1824 até o modelo de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988, que notadamente tem um sistema misto.

No segundo capítulo a pesquisa em comento traz à tona procedimento atual do julgamento do recurso extraordinário, meio pelo qual se provoca o Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle difuso-concreto de constitucionalidade. Nessa seara, é abordado o advento da Emenda Constitucional nº. 45/04, que criou a repercussão geral da questão constitucional, a princípio, um requisito recursal necessário para o julgamento do recurso extraordinário.

Busca-se ainda demonstrar que a criação desse requisito teve o fito diminuir o acesso à jurisdição constitucional, ou seja, o estabelecimento de uma jurisprudência defensiva, mas que ao fim e ao cabo, o efeito foi totalmente ao contrário. Para esclarecer tal resultado, sem adentrar à discussão acerca da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, que até hoje não é

pacífica, e é reputada inconstitucional por muitos, a pesquisa busca outros meios para justificar e fundamentar o efeito vinculante e erga omnes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário.

De mais a mais, a tarefa desenvolvida pontua a questão da aferição de relevância para exercício da jurisdição constitucional brasileira, bem como o incidente da repercussão geral da questão constitucional, no intuito de demonstrar que a repercussão geral não é um mero requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, mas sim, uma “chave” para a deflagração da jurisdição constitucional, que possibilita a superação de óbices processuais, tais como, a perda do objeto do processo, ou a ausência de algum requisito recursal intrínseco ou extrínseco.

Neste diapasão, diante da inclusão da aferição de relevância para exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, busca-se demonstrar a transformação que vem passando o recurso extraordinário, principalmente no que diz respeito à sua objetivação. Isto é, a mitigação do interesse subjetivo dos litigantes em prestígio ao seu julgamento de forma abstrata, por meio de uma causa-piloto, que se transforma em uma causa-modelo com efeitos *erga omnes* e vinculante perante todos os demais processos no território nacional.

No terceiro e último capítulo, com um eixo pragmático e político, tendo em vista a premissa estabelecida de que há sempre o julgamento em tese do recurso extraordinário, mediante o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, o trabalho em epígrafe procura demonstrar os efeitos práticos dessa transformação, indagando acerca de algumas problemáticas surgidas com a abstrativização do julgamento do recurso extraordinário.

São suscitadas incoerências dessa nova sistemática, na medida em que nem todas as regras estabelecidas para o uso no julgamento das ações diretas são utilizadas no julgamento do referido incidente. Por exemplo, a manifestação do advogado geral da união como curador da norma constitucional, não é aplicada no âmbito do incidente em comento, enquanto, por outro lado, a aplicação da modulação dos efeitos, regra própria, das leis das ações diretas, é utilizada.

Enveredando-se pela seara política, o trabalho aborda o conflito entre a crise política e o ativismo judicial, que sempre é objeto de grandes discussões e embates jurídicos, buscando pontuar que o julgamento em tese do recurso extraordinário, possibilita ao Supremo Tribunal Federal o exercício das suas três precípuas funções, quais sejam, contramajoritária, representativa e iluminista, também denominada de vanguardista, além de democratizar o acesso à jurisdição constitucional, fazendo com que esta seja mais eficaz e produza resultados e efeitos importantes junto à sociedade.

Por derradeiro, quanto aos procedimentos metodológicos, a abordagem do presente estudo é de forma qualitativa. O objeto será apresentado por meio de uma pesquisa descritiva-explicativa, com o auxílio bibliográfico, histórico, e de estudo de casos.

## 1. FISCALIZAÇÃO JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE E O ATUAL MODELO BRASILEIRO

No presente capítulo se buscará demonstrar o surgimento e a evolução do conceito de jurisdição constitucional, ressaltando a influência do movimento constitucionalista, assim como a discussão acerca da legitimidade para o exercício da função de guardião da constituição. A partir disso, será abordada a origem do controle de constitucionalidade, assim como, os principais modos de fiscalização existentes no mundo e que, ao cabo, acabaram por influenciar no modelo adotado pela Constituição Cidadão de 1988.

### 1.1. A Jurisdição Constitucional e o Movimento Constitucionalizador

O termo jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No Brasil, como será demonstrado em momento oportuno, tal função pertence a todos os juízes e Tribunais, e ao Supremo Tribunal Federal.<sup>1</sup>

De acordo com Hans Kelsen<sup>2</sup>, jurisdição constitucional é:

Um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução do direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas.

Como é possível extrair, a jurisdição constitucional insere-se nos atos de execução do direito já criado, ou pode-se falar, hoje, com o controle preventivo de constitucionalidade, em direitos em vias de serem criados. A jurisdição constitucional traduz-se em uma garantia da constituição, em assegura a regularidade das regras subordinadas à Constituição, o que segundo Hans Kelsen, é denominado de “garantias da constitucionalidade das leis”<sup>3</sup>.

A grande discussão acerca do exercício da jurisdição constitucional versa acerca da legitimidade para o seu exercício, o que será abordado no presente tópico, e mais aprofundado e correlacionado com o atual panorama brasileiro no último capítulo. Contudo, para se falar em jurisdição constitucional, necessária é a abordagem em relação ao movimento constitucionalizador.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto Barosso. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 124.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 126.

O Estado de direito vigente, hoje, teve como pedra fundamental o movimento político-jurídico-ideológico denominado de constitucionalismo liberal. Tal modo de organização estatal surgiu principalmente para efetivar os direitos fundamentais de primeira geração, limitando assim, o Poder do Estado e rompendo com o regime absolutista.<sup>4</sup>

Constata-se como resultado do referido movimento, a Constituição dos Estados Unidos de 1787<sup>5</sup>, e a Constituição da França, de 1791<sup>6</sup>, ambas escritas, rígidas e com forte influência do movimento filosófico iluminista dos séculos XVII e XVIII, trazendo como principal bandeira, além da organização estatal, a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, a vida, liberdade e a propriedade.<sup>7</sup>

A Carta magna norte-americana foi aprovada na Convenção da Filadélfia, em 1787, e depois ratificada pelos dos estados norte-americanos. Ela substituiu os Artigos da Confederação de 1781, e promoveu a adesão do país à forma e Estado Federal. Já a constituição francesa teve como grande propulsor a revolução francesa, iniciada em 1789, que representa um verdadeiro rompimento com então regime absolutista vigente. Os revolucionários franceses visavam a formação de um novo Estado e uma nova sociedade, sob a égide Iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade.<sup>8</sup>

Além dos supracitados adventos indicados como origem do movimento em epígrafe, os autores incluem também a Revolução Gloriosa em 1688, todavia, o movimento inglês não culminou na elaboração de um único documento estruturador do Estado, “ao passo em que apesar da existência de diversos documentos constitucionais escritos, não há um texto constitucional único que os consolide e organize.”<sup>9</sup>

Ou seja, as normas constitucionais não são elaboradas de maneira solene pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado, mas sim, são frutos do uso dos costumes, das leis ordinárias, convenções e da jurisprudência. Há aqui um fator distinto desse movimento, tendo em vista a ausência de rigidez do modelo constitucional, característica essa essencial para o exercício da jurisdição constitucional.

---

<sup>4</sup>Ibidem, p. 9-11.

<sup>5</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Direito constitucional teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 78.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>7</sup> PAULO, Vicente, et al. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.

<sup>8</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 75-76.

<sup>9</sup> Sobre o tema, afirmam Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento: “Sem embargo, o século marcante na definição do modelo constitucional inglês foi o XVII, caracterizado pelas fortes tensões entre a Coroa e o Parlamento e por diversas reviravoltas políticas, que culminaram na Revolução Gloriosa de 1688, a qual depôs a dinastia dos Stuarts. Aquela revolução assentou o princípio da supremacia política do Parlamento inglês, em um regime pautado pelo respeito aos direitos individuais.” Ibidem, p. 56.

Sobre o tema, Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>10</sup> afirmam:

Apesar da existência de diversos documentos constitucionais escritos, não há um texto constitucional único que os consolide e organize. Inexiste, portanto, uma Constituição escrita na Grã-Bretanha. Entende-se que a autoridade do Direito Constitucional não provém apenas dos referidos textos esparsos, mas também das convenções constitucionais e de princípios da *common law*, desenvolvidos pelos tribunais.

Por isso, a doutrina constitucionalista prefere falar em uma pluralidade de movimentos constitucionais ao invés de falar em um único constitucionalismo. Os autores<sup>11</sup> procuram advertir que não se pode defender o constitucionalismo como teoria e prática comum a todos os Estados. Na verdade, tais movimentos se diferenciam devido a distintos fatores históricos, políticos e sociais.

Nesse particular, no Constitucionalismo ocidental, com exceção dos Estados Unidos, até meados do século XX<sup>12</sup>, prevalecia a ideia de que as constituições não eram normas jurídicas, mas proclamações políticas que inspiravam a atuação do legislador. Isto é, antes disso, vigorava um modelo identificado por vezes de Estado legislativo de direito. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, não havendo por isso, que se falar em controle de constitucionalidade da lei pelo Judiciário.<sup>13</sup>

Logo, diante da ausência de força normativa do texto constitucional, os direitos nele contidos não incidiam diretamente nas relações entre os indivíduos, isto é, não podiam ser aplicados pelos Juízes nas dirimências existentes na sociedade.

Apesar de todo esse movimento político-ideológico no sentido de limitar o poder estatal, diferentemente do que foi construído ao longo do tempo pela jurisprudência norte-americana, como será esclarecido em momento oportuno, no modelo constitucional europeu continental, o texto constitucional não tinha força de norma jurídica, dependendo, pois, de atuação dos respectivos parlamentares para que os direitos exarados na constituição fossem efetivados.<sup>14</sup>

Todavia, diante das grandes barbáries promovidas durante 2ª Guerra Mundial, constatou-se a necessidade da elaboração de procedimentos no sentido de regular a constitucionalidade das leis elaboradas pelos parlamentos, por meio da efetivação dos textos políticos que passaram a ser encarados como normas jurídicas, possibilitando assim a sua

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>11</sup> MORAES, op. cit., p. 9-10.

<sup>12</sup> Conforme será abordado mais a frente, nos Estados Unidos, desde o *leading case* *Marbury v. Madison* de 1803, se reconhece a supremacia da constituição.

<sup>13</sup> KELSEN, op. cit., p. 125.

<sup>14</sup> Tal fato se explica, pois o entendimento sedimentado era de que a legitimidade para *criar* o direito era do parlamento, tendo em vista que este encarnava a vontade do povo, de modo que tais mecanismos de controle eram vistos como antidemocráticos, por permitirem governo de juízes. MORAES, op. cit., p. 64.

aplicação nos conflitos presentes à sociedade, e precipuamente, na missão originária do constitucionalismo de limitar o poder estatal.<sup>15</sup>

O controle de constitucionalidade da atuação do Estado na elaboração das normas é inerente ao supracitado movimento de conferir aos textos constitucionais poder normativo por meio da supremacia da constituição, tendo em vista que, logicamente, não se poderia usar como parâmetro de constitucionalidade uma norma sem força normativa.

A supracitada evolução do constitucionalismo disseminou-se por diversos países, conforme exposto na obra de Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>16</sup>:

Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949, que é referência central no novo modelo de constitucionalismo, instituiu diversos mecanismos de controle de constitucionalidade e criou um Tribunal Constitucional Federal, que se instalou em 1951 e passou a exercer um papel cada vez mais importante na vida alemã. Na Itália, a Constituição de 1947 também apostou no controle de constitucionalidade, instituindo uma Corte Constitucional, que começou a funcionar em 1956. Na própria França, berço de um modelo de constitucionalismo avesso à jurisdição constitucional, o cenário se modificou substancialmente sob a égide da atual Constituição de 1958, que instituiu um modelo de controle de constitucionalidade originalmente apenas preventivo, confiado ao Conselho Constitucional, que tem crescido em importância sobretudo a partir dos anos 70, e hoje envolve também o controle repressivo. Também na década de 70, países como Portugal e Espanha se redemocratizaram, libertando-se de governos autoritários, e adotaram constituições de caráter mais normativo, garantidas por meio da jurisdição constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1988, quais sejam, o controle difuso e concentrado, têm precípua influência da referida evolução de aplicabilidade da constituição, uma vez que, conforme será melhor esclarecido adiante, têm influências tanto do modelo norte-americano, como do europeu continental.<sup>17</sup>

Dessa forma, feita a devida abordagem acerca da gestação da jurisdição constitucional, a doutrina, ao conceituar tal procedimento, diz que “é a atividade jurisdicional de defesa da Constituição, por intermédio do desempenho do controle de constitucionalidade e proteção processual dos direitos fundamentais.”<sup>18</sup> Ou ainda, um juízo de adequação e conformidade da norma infraconstitucional, com a norma constitucional, que tem como fito invalidar normas que não se coadunam, formalmente ou materialmente, com a Carta Magna vigente.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> “O fim da 2ª Grande Guerra Mundial costuma ser apontado, com razão, como o marco histórico das significativas mudanças operadas nos traços característicos do constitucionalismo praticando na Europa continental.” NOVELINO In: NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. (prefácio)

<sup>16</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 64.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>18</sup> MORAES, Guilherme Penã de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 646.

<sup>19</sup> NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 74.

Sempre houve uma grande discussão acerca de quem deve ser o verdadeiro guardião da constituição, isto é, qual é o personagem a realizar o juízo final de adequação das normas infraconstitucionais?

Um dos maiores embates teóricos em relação ao exercício da jurisdição constitucional é: Quem deve ter a legitimidade para ser o guardião da Constituição? Sobre esse tema, Hans Kelsen e Carl Schmitt<sup>20</sup> se apresentam em posições antagônicas, mas fazem indagações que são refletidas até hoje.

De início, a natureza do exercício da jurisdição constitucional também não fica de fora dessa discussão. Para Carl Schmitt, o exercício da jurisdição por meio de controle concentrado-abstrato não é de jaez jurisdicional, uma vez que essa atividade tem como pressuposto a existência de um caso concreto<sup>21</sup>. Quanto ao órgão detentor da atribuição de conferir a última palavra acerca da fiscalização da higidez constitucional, o referido autor faz parte da corrente que busca descredenciar o Poder Judiciário da função de protetor da constituição.<sup>22</sup>

Ao analisar o modelo de fiscalização norte-americano, que atribui a fiscalização ao Poder Judiciário, ele entende que as funções daquela Suprema Corte são absolutamente distintas em relação àquelas dos tribunais alemães.<sup>23</sup> Schmitt entende que o Poder Judiciário não seria um protetor eficiente da Constituição, tendo em vista que o exercício da jurisdição, como ele mesmo bem salientou, pressupõe a existência de um caso concreto, fazendo com que a fiscalização seja realizada somente *a posteriori*.<sup>24</sup>

Em contraposição a Hans Kelsen, o referido autor<sup>25</sup>, apesar de descredenciar o Judiciário da atribuição de guardião da Constituição, critica a sistemática adotada pela Constituição da Áustria, de 1920, no sentido de conferir o exercício da fiscalização constitucional a um Tribunal Fora do Poder Judiciário, sob o argumento de que tal órgão teria um viés notadamente

---

<sup>20</sup> Para leitura sobre o tema: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 e SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

<sup>21</sup> MORAES, op. cit., p. 647.

<sup>22</sup> SCHMITT, op. cit., p. 20.

<sup>23</sup> “A posição do supremo tribunal dos Estados Unidos, desenvolveu nos moldes de um Estado judicial, do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrasta fortemente com os Estados do continente europeu, não fazendo diferença se o Estado europeu é uma república como a França ou um Estado-funcionário monárquico como a Prússia do século XIX. O supremo tribunal norte-americano é bem diferente de um tribunal de Estado e sua justiça bem diferente do que se costuma chamar hoje na Alemanha, de jurisdição do Estado ou jurisdição constitucional.” Ibidem, p. 21.

<sup>24</sup> “Apesar disso, com isso não está solucionado o problema do guardião da Constituição, pois, devido à estrutura judicial e judiciária, a proteção da Constituição fica restrita a fatos típicos já concluídos e passados, enquanto os casos verdadeiramente interessantes da proteção constitucional permanecem fora da abrangência judicial. Tão logo se realiza de forma consequente a judicialização e se elabora um autêntico processo contendo as devidas partes, essa proteção é, essencialmente, tão-só uma correção a posteriori, haja vista que apenas fatos típicos concluídos continuam a ser subsumidos a determinações legais em questão. Ibidem, p. 40.

<sup>25</sup> Ibidem.

aristocrático, uma vez que seus integrantes não poderiam invalidar atos por aqueles que foram eleitos pelo povo, e por isso, seriam os legitimados para representar a vontade desse povo.<sup>26</sup>

Para Carl Schmitt apenas o chefe do Poder Executivo, na sua perspectiva, seria dotado de poderes discricionários necessários para ser, da forma devida, o guardião da Constituição, com fincas no que diz o artigo 48 da Constituição de Weimar, que lhe autorizava a intervir, atuando no sentido de evitar um estado de emergência econômico que causasse violação aos direitos consubstanciados no texto constitucional.<sup>27</sup>

Em uma passagem dialógica com a ideia defendida por Carl Schmitt, Hans Kelsen<sup>28</sup> diz o seguinte:

Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do Reich, o presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada. Achando-se a segurança e a ordem pública gravemente perturbadas ou comprometidas, o presidente do Reich pode tomar medidas para seu restabelecimento, e havendo necessidade pode valer-se da força armada. Para isso, pode suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais garantidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. O presidente do Reich deve dar imediato conhecimento ao Reichstag, de qualquer medida adotada com base nas cláusulas 1 e 2 deste artigo. Essas medidas deverão ser ab-rogadas por determinação do Reichstag. Havendo perigo na demora, pode o governo de um estado, com relação ao seu território, adotar medidas provisórias tal como indicado na cláusula segunda. Essas medidas devem ser ab-rogadas por determinação do presidente do Reich ou do Reichstag. Lei do Reich trará disposições necessárias nessa matéria.

Dessa forma, para Schmitt o Presidente do Reich é uma autoridade política estável, blindada das influências políticas e vetores sociais, de modo que, numa perspectiva autônoma de deliberação, poderia exercer a função guardião da constituição de maneira mais eficaz.<sup>29</sup>

Por outro lado, como já dito, e como também será abordado no tópico referente ao modelo de controle de constitucionalidade austríaco, Hans Kelsen também descredencia o Judiciário para a função de guardião da constituição, contudo, defende a criação de um Tribunal Constitucional. Apesar de entender se tratar de uma atividade jurisdicional, Kelsen<sup>30</sup> não se furtava e nem fechava os olhos para o fito político do exercício da função em comento:

O pensamento de que somente o legislativo, e não o judiciário, é verdadeiramente político é tão falso, quanto o argumento de que somente o legislativo produz direito e o judiciário, quando da aplicação do direito, apenas o reproduz. (...) Na verdade, quando o legislador investe o juiz, dentro de determinadas fronteiras, de ponderar sobre interesses contrários e decidir conflitos em favor de alguns e desfavor de outros,

<sup>26</sup> A legitimidade do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional não será aprofundada aqui, tendo em vista o tópico específico em que será tratado tal assunto.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 97.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>29</sup> GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional e Direito Público*. Juiz de Fora: Editar, 202, p. 145-146.

<sup>30</sup> KELSEN, op. cit., p. 251.

transfere para o juiz, este mesmo legislador, a tarefa de criação do direito, e com isso, um poder que confere à função judicial o mesmo caráter político que o legislador possui.

E, a sua maior crítica acerca do posicionamento de Carl Schmitt, é no sentido de que entender que o Presidente do Reich é uma figura estável, e fora dos influxos políticos é um verdadeiro equívoco. Para Kelsen, fechar os olhos para o antagonismo entre o Parlamento e o Governo, incapacitaria o Chefe de Estado da sua função de defesa da Constituição. Numa perspectiva pragmática, o dualismo entre Estado e sociedade, sob o qual a interpretação de Schmitt se limitaria, seria extinto com a emergência de um Estado total.<sup>31</sup>

Dessa forma, Hans Kelsen<sup>32</sup> defende a criação de Tribunais por meios democráticos:

A afirmação de que um tribunal constitucional teria que fazer frente apenas ao Parlamento, e não também ao governo, está em contradição direta com a realidade. Se Schmitt tivesse se ocupado um pouco mais atentamente da solução austríaca, que dele merece apenas uma irônica menção, saberia que esse tribunal, por sua jurisprudência, entrou em conflito justamente com o governo, conflito esse que ameaça sua própria existência.

Fazendo uma análise em relação às duas correntes, Eduardo de Oliveira Gouvêa<sup>33</sup>, diz o seguinte:

É digno de nota que para Hans Kelsen, o Guardião da Constituição exerce e exercerá sempre um controle de constitucionalidade das lesões perpetradas à Constituição de forma a posteriori, o que deixa às claras da luz do Sol meridiano a fragilidade de tal sistema que apenas se estabelece de maneira repressiva quando as lesões e agressões constitucionais já aconteceram e que muitas das vezes perduram por longo tempo até que a Corte tome uma postura a respeito delas. E mais. Proteger o que já foi violado nem sempre é a melhor maneira, venhamos e convenhamos!

O Tribunal Constitucional de Hans Kelsen na função de guardião da constituição, tem a sua atuação apenas e tão somente no exame de adequação de atos normativos que entejam em rota de colisão com a Constituição. Contudo, Carl Schmitt tem uma preocupação mais abrangente, uma vez que para ele, aquele que exerce a fiscalização da constitucionalidade, deve protegê-la para além da dimensão normativa, atingindo assim, ações concretas de políticas sociais e econômicas que eventualmente possam estar em desconformidade com o texto constitucional.<sup>34</sup>

Nesse contexto, Eduardo de Oliveira Gouvêa<sup>35</sup> afirma:

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 150.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>33</sup> GOUVÊA, op. cit., p. 167.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 143

Em última análise, o que Carl Schmitt deseja é que, o guardador da Constituição “esteja andando pelas ruas”, para defendê-la, ou seja, de forma preventiva e pragmática fazendo-a um organismo vivo dentro do tecido social, o que somente pode ocorrer pelo fio de uma conduta política legitimada pela vontade popular e nunca por um grupo de intelectuais e que, cultivando uma liturgia aristocrática, estivessem distante da força motriz da história do povo na sua luta do dia a dia.

Portanto, o Guardião da Constituição para Hans Kelsen voltaria a sua atenção apenas no cotejo dos atos normativos com a Constituição, atividade de grande relevância, mas que, sem dúvida, guarda grande disparidade em relação à realidade e acontecimentos sociais. Como destacado no início deste tópico, o dilema de quem deve ser Guardião da Constituição, ainda hoje desafia o mundo jurídico e político, tendo em vista as crescentes críticas em relação às decisões tomadas por Cortes Constitucionais, no exercício da sua função contramajoritária, que vão de encontro com os anseios da maioria da população.

Apesar de na concepção de Carl Schmitt, o Tribunal Constitucional exerce uma função de grande importância dentro do contexto de fiscalização de manutenção do sistema constitucional, mas, ainda hoje, o que se verifica é uma crescente contestação acerca da legitimidade das Cortes Constitucionais, sob o argumento de ausência de representatividade para anular atos proferidos pelo Poder Legislativo. Contudo, tal espectro será abordado no último capítulo, momento em que se será realizada uma contextualização com a realidade da jurisdição constitucional brasileira.

## 1.2. O Controle de Constitucionalidade

Seguindo a linha do Luís Roberto Barroso<sup>36</sup>, todo sistema tem como pressuposto a ordem e a unidade, que devem conviver de maneira harmoniosa e, em caso de quebra dessa harmonia, necessária é a existência de mecanismos de correção com o escopo de restabelecê-la.

No âmbito constitucional, o sistema de controle de constitucionalidade é o mais importante destes mecanismos, de modo que a aferição de compatibilidade das normas infraconstitucionais, com o texto maior, pode ser conceituada da seguinte maneira, de acordo com Guilherme Peña de Moraes<sup>37</sup>:

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

<sup>37</sup>MORAES, op. cit., p. 142

Em face do exposto, o controle de constitucionalidade é o sistema de imunização da Constituição, dado que a atividade preventiva ou repressiva, desempenhada por órgãos de natureza política ou judicial, pode importar na invalidação de normas infraconstitucionais que contravenham à forma e/ou matéria das normas constitucionais, em virtude da supremacia e rigidez da Constituição.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é de atribuição de todos os poderes do Estado, não se restringindo apenas do Poder Judiciário. Sendo assim, o controle de competência da administração pública, tem natureza política, enquanto o exercido pelo Judiciário no âmbito da prestação jurisdicional, tem natureza judicial.

Neste particular, o que se tem aqui são mecanismos que buscam mantença da ordem originalmente estabelecida pelo sistema, uma vez que se ausentes os mecanismos solucionadores deste desequilíbrio, haveria uma nítida tendência da perda do poder normativo atribuído ao texto constitucional, retornando a constituição ao status quo antes de mero texto político.

Contudo, consoante já exposto anteriormente, o controle de constitucionalidade nem sempre foi presente nos ordenamentos jurídicos, tendo como primeiro destaque, o controle difuso norte-americano, gerado a partir do caso *Marbury v. Madison*, o que será melhor aprofundado no próximo tópico, uma vez que tal julgamento é tratado como origem do controle de constitucionalidade norte-americano.

Com o escopo manter a harmonia, e por conseguinte a força normativa do texto constitucional, para que seja possível a existência de um controle de constitucionalidade, dois pressupostos são identificados como necessários, quais sejam, a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional.

No que se refere à supremacia da Constituição, o autor Luís Roberto Barroso<sup>38</sup> afirma:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente e se estiver em desconformidade com a Constituição.

O referido pressuposto tem como origem a escola Kelseana, em que Hans Kelsen propõe a imagem de uma pirâmide para representar a estrutura escalonada da ordem jurídica, ou seja, para Kelsen, os textos Constitucionais ocupam o vértice superior da pirâmide, ou seja, o ápice do ordenamento jurídico, servindo de norte para todo o restante do ordenamento infraconstitucional.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> BARROSO, op. cit., p. 23.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 7. ed. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 224.

Na linha do que defendia a teoria positivista, e ainda buscando uma forma de legitimar a invalidade das normas por parte do Poder Judiciário, o fundamento de validade das decisões judiciais é provido pela lei, e o fundamento de validade das leis, pela Constituição.<sup>40</sup> Portanto, a sentença é válida porque foi produzida, ainda que de maneira indireta, em conformidade com a Constituição.<sup>41</sup>

A outra premissa inerente ao mecanismo de controle ora estudado é a rigidez do texto constitucional, isso por uma explicação até um pouco simplória. Para que sirva como paradigma e parâmetro de validade de outros atos normativos, há a necessidade de um processo de elaboração/modificação diverso do ato normativo objeto do controle. Em caso de existência de similitude dos procedimentos de elaboração dos textos constitucionais com os infraconstitucionais, com a publicação destes, havendo contrariedade entre as normas, ocorreria apenas a revogação do ato anterior, e não a inconstitucionalidade.<sup>42</sup>

A título de ilustração, para um melhor esclarecimento, conforme já supracitado, o modelo jurisdicional inglês não tem a presença do pressuposto ora comentado, isto é, na linha do que o referido autor sustenta, não há, por isso, viabilidade de implementação de um controle de constitucionalidade.

O sistema de controle de constitucionalidade trazido na Constituição de 1988 é misto, isto é, há no Brasil traços tanto o modelo norte-americano, com do modelo austríaco, de modo que, para um melhor entendimento, passa-se a abordar ambos.

### 1.2.1 Sistema norte-americano

De acordo com a doutrina, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade vem do emblemático *leading case* Marbury v. Madison de 1803, e serviu como base para o que se entende hoje por controle de constitucionalidade.<sup>43</sup>

A pedra fundamental do que se entende hoje como meio de fiscalização da constitucionalidade, foi uma disputa judicial entre William Marbury, que foi nomeado em 13

---

<sup>40</sup> É desse viés que advém a supremacia constitucional, de modo que todo e qualquer ato jurídico só é válido se estiver em conformidade com a Constituição.

<sup>41</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 187.

<sup>42</sup> BARROSO, op. cit., p. 23, p. 24.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 25-32.

de fevereiro de 1801 para o cargo de juiz de paz do distrito de Columbia, nos últimos momentos do mandato presidencial de John Adams.<sup>44</sup>

Ao Thomas Jefferson assumir a presidência da república, seu secretário de governo James Madison indeferiu a entrega da nomeação a William Marbury, questão essa que foi submetida à decisão da Suprema Corte Americana mediante a impetração de um mandado de segurança, em 1801.<sup>45</sup>

Ao julgar a demanda, a Suprema Corte Americana declarou a inconstitucionalidade da norma veiculada pelo artigo 13 do estatuto judiciário norte-americano, deixando de aplicar a lei, sob o fundamento violação à constituição<sup>46</sup>. Diante desse contexto, estava inaugurado o momento em que o Poder Judiciário teria a atribuição de invalidar atos dos demais poderes, sob a égide do argumento de que a norma constitucional deveria prevalecer, ou seja, deveria ser aplicada a supremacia do texto constitucional.

Sobre as consequências acerca da referida decisão, assevera Luís Roberto Barroso<sup>47</sup>:

A decisão proferida no caso Marbury v. Madison portanto, foi que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar ao atos que lhe contravenham.

Ainda de acordo com o referido autor<sup>48</sup>, a grande virtude de tal julgamento foi o seu distanciamento em relação à conjuntura política turbulenta daquele momento, de modo que ganhou grande importância<sup>49</sup>, sendo considerado universalmente como o precedente que sedimentou a preponderância dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

---

<sup>44</sup> Buscando manter o poder, os Federalistas que haviam sido derrotados na eleição, fizeram manobras a fim de conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Por isso, primeiro, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário Federal, que dentre as principais previsões, criava dezesseis novos cargos de Juiz Federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado. Além disso, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juizes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado às vésperas da posse de Thomas Jefferson. Dentre esses juizes indicados, encontrava-se William Marbury. *Ibidem*, p. 26.

<sup>45</sup> A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do judicial review e da competência do judiciário na matéria é tida como primorosa, Mas não era a pioneira nem original. De fato, havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estaduais. (...) Nada obstante, foi com Marbury v. Madison que ela ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos. *Ibidem*, p. 28.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 32

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 33

<sup>49</sup> Deve ser salientado aqui, como já dito no capítulo anterior, que essa equidistância do julgador da seara política, é um dos argumentos trazidos por Hans Kelsen para atribuir o exercício de guardião da constituição a uma Corte Constitucional especializada, “imune” das influências políticas.

De acordo com Lenio Luiz Streck<sup>50</sup>, apesar de a Constituição americana não ter trazido no seu bojo, de forma expressa, o controle de constitucionalidade e nem a forma de como deveria ser feito, a referida decisão inaugura o que o mundo se convencionou a chamar de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (*judicial review*). Contudo, o referido autor sustenta que não obstante à essa ausência de previsão explícita, o *judicial review* foi surgindo e se fortalecendo a partir da prática judicial, iniciada, por sinal, antes do julgamento *Marbury v. Madison*.

Essa decisão torna cristalino que o texto constitucional é norma jurídica de hierarquia superior, e por isso, deve servir de norte para aferir a legalidade e legitimidade das demais normas pertencentes ao ordenamento jurídico, sendo o papel do Juiz o de analisar a existência de um vício preexistente. Além disso, a atuação do Poder Judiciário norte-americano nessa função só poderia e pode ocorrer diante de um caso concreto, ou seja, diante de uma ameaça de lesão discutida no mérito de um processo onde as partes defendem direitos subjetivos, não sendo possível uma atuação em abstrato.<sup>51</sup>

Sobre o tema, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>52</sup> afirmam:

No modelo norte-americano, o controle de constitucionalidade (*judicial review*) pode ser exercido por todo e qualquer juiz, diante de um caso concreto que lhe seja apresentado. O controle é, portanto, difuso, porque pode ser exercitado por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, e concreto, já que só pode ocorrer no julgamento de algum litígio intersubjetivo. Porém, sendo os precedentes judiciais naquele país vinculantes, como é característico do *common law*, as decisões da Suprema Corte que afastam uma lei, apesar de proferidas em casos concretos, tornam-se obrigatórias para todos os órgãos do Poder Judiciário quando apreciam a mesma questão, vinculando também a Administração Pública.

O que se extrai pelo que já foi abordado até aqui, é que o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano tem como características, a supremacia do texto constitucional, a necessidade de que a constitucionalidade seja aferida durante a análise um caso concreto e, por fim, a possibilidade de que, qualquer juiz, declare a norma a norma constitucional, trazendo à lume o denominado controle de constitucionalidade difuso.

Tais características são de suma importância para a compreensão do controle de constitucionalidade misto, vigente aqui no Brasil, uma vez que como será visto no tópico pertinente, esse modelo foi a primeira forma de controle de constitucionalidade presente em

---

<sup>50</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 37-38.

<sup>51</sup> GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional Contemporânea: Autonomia, Acoplamento Estrutural e Abstrativização dos Sistemas de Controle*. Juiz de fora: Editar, 2018, p. 97-98.

<sup>52</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 31.

terras brasileiras, e perdura no texto constitucional até os dias de hoje. Além disso, o referido efeito *erga omnes* da decisão proferida no âmbito do controle de constitucionalidade pela Corte norte-americana, guarda grande pertinência com os efeitos originários da decisão proferida em sede recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, o que será abordado no próximo capítulo.

Contudo, como já dito, no Brasil há um controle misto de constitucionalidade, de modo que a outra vertente vigente, o modelo Austríaco-Europeu, tem características e origem totalmente distintas do sistema norte-americano.

### 1.2.2. Sistema Austríaco-Europeu

Ao contrário do modelo com origem norte-americana, o sistema de fiscalização europeu concebido por Hans Kelsen tinha e tem como característica a atribuição, a um tribunal *ad hoc*, do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, retirando dessa forma, essa competência do Juiz ordinário. Nesse modelo de controle de constitucionalidade, o tribunal *ad hoc* não faz parte do Poder Judiciário, conforme o pioneiro exemplo da Áustria e da Alemanha, sendo composto por magistrados, professores, advogados e membros do Parlamento.<sup>53</sup>

Vale advertir que de acordo com Rui Medeiros<sup>54</sup>, o referido modelo de controle atribuído a um tribunal *ad hoc* não foi invenção e tampouco descoberta de Hans Kelsen:

As ideias de Kelsen sobre a justiça constitucional, mas do que ponto de partida, indicam um ponto de chegada. Assim, mesmo omitindo o precedente introduzido poucos meses antes da Checoslováquia ou os antecedentes austríacos do sistema desenhado pela Constituição de 1º de outubro de 1920, não se pode ignorar que o referido compromisso estava subjacente a alguns modelos filosóficos, projetos políticos, precedentes jurisprudenciais e doutrinas jurídicas que um pouco por toda a Europa preparam o terreno da justiça constitucional no século XX.

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>55</sup>, o controle deveria ser retirado da atribuição do Judiciário, tendo em vista que, na perspectiva de Hans Kelsen, os Juízes não estariam bem aparelhados para o exercício desta função, motivo pelo qual sempre defendeu que o poder de fiscalização fosse atribuído com exclusividade a uma Corte

---

<sup>53</sup> STRECK, op. cit., p. 64.

<sup>54</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2000, p. 53.

<sup>55</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 31.

Constitucional especializada, composta por Juízes investidos em seus cargos por mandatos fixos, e indicados por órgãos políticos representativos.

Sobre o tema, Lenio Luiz Streck<sup>56</sup> sustenta que, a retirada da atribuição do controle de Constitucionalidade do Poder Judiciário tinha como fito a proteção do legislador, característica surgida por influência da Revolução Francesa que, rompeu com o absolutismo monárquico e, como modo de proteção, criou vários mecanismos para a preservação do Estado de Direito. A título de exemplo, pode ser citada a criação da jurisdição administrativa francesa que, de acordo com Gustavo Binenbojm<sup>57</sup>, não teve intenção garantista, mas sim protecionista, diante da desconfiança dos revolucionários franceses em relação aos Tribunais Judiciais, tendo essa sistemática jurisdicional, o mero objetivo de bloquear o sentimento hostil, existente na casta judiciária, contra a revolução, impedindo assim, a limitação das ações das autoridades administrativas revolucionárias.<sup>58</sup>

Por isso, apesar do que sustentam alguns autores, a ideia de que a Europa optou por Tribunais *ad hoc* sob o único fundamento de não existir, no modelo romano-germânico, a figura do *stare decisis*, não é suficiente. A exclusão do Juiz ordinário do controle de constitucionalidade tem, muito mais, um fito político, com influência na Revolução Francesa.<sup>59</sup>

A retirada do exercício da fiscalização de constitucionalidade do Poder Judiciário faz surgir a seguinte indagação: Além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário existiria um quarto poder, ou um poder moderador dos demais? Lenio Luiz Streck<sup>60</sup> diz o seguinte:

Desde 1968, Vezio Crissafulli já havia formulado em relação ao Tribunal Constitucional italiano uma explicação que hoje é aceita por muitos especialistas em diversos países: ‘... verdade... que o Tribunal Constitucional... permanece fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos: forma um poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição, em todos os campos.’ Pode-se encontrar uma confirmação dessa configuração dos poderes no fato de que, após a Segunda guerra Mundial, quase todas as novas Constituições que criam tribunais constitucionais lhes dedicam um ‘título’ diferente daquele reservado para o Judiciário: É o caso das Constituições belga, espanhola, francesa, italiana, portuguesa, búlgara, croata, húngara, lituana, macedônia, polonesa, romena, e eslovena. Foi também o caso de uma das primeiras Constituições que criaram um Tribunal Constitucional, a Constituição austríaca.

---

<sup>56</sup> STRECK, op. cit., p. 64.

<sup>57</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13.

<sup>58</sup> De acordo com o referido autor, a criação do Direito Administrativo resultou da decisão autovinculativa do próprio Poder Executivo, de modo que o princípio da separação de poderes foi um simples pretexto, para garantir a esfera de liberdade decisória da Administração, tornando-a imune de qualquer controle judicial. *Ibidem*, p. 11-13.

<sup>59</sup> STRECK, op. cit., p. 103.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 102

Logo, a Corte Constitucional, no modelo Kelseniano, não faz parte de qualquer um dos poderes clássicos, mas também é tratado com igual respeito a esses três poderes. Desse modo, fica sedimentado aqui, que o exercício da fiscalização de constitucionalidade é atribuída a um único órgão, de modo a ser classificado como concentrado.

Noutro norte, também na contramão do sistema norte-americano, a fiscalização exercida no referido sistema em comento é sempre abstrata, atuando a Corte Constitucional como um verdadeiro legislador negativo, no exercício da fiscalização constitucional. Ou seja, a Corte Constitucional não deveria julgar questões subjacentes à processos subjetivos, mas tão somente atuar em casos abstratos.<sup>61</sup>

Em relação ao procedimento e ao objeto do controle de constitucionalidade Kelseniano, Eduardo de Oliveira Gouvêa<sup>62</sup> diz:

No modelo europeu-kelseniano, através de um instrumento processual específico, o ente legitimado provoca o Tribunal para que se manifeste acerca da constitucionalidade do dispositivo da impugnado. Repare que, ao contrário do sistema norte-americano, o controle de constitucionalidade austríaco não aparece, ao menos imediatamente, como forma de tutelar posições subjetivas. A ação movida pelo requerente pretende a declaração de inconstitucionalidade e, por consequência, a manutenção da higidez do ordenamento jurídico.

Por isso, chega-se à mais uma conclusão antagônica em relação ao sistema de fiscalização norte-americano, uma vez que como já visto aqui, no *judicial review* a atuação da Suprema Corte só é possível diante de um processo cujo pedido próximo não seja a declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Eventual questão constitucional só pode ser apreciada quando subjacente a um caso concreto, de modo que, o exercício do Controle de Constitucionalidade fica a mercê da violação de direitos, e interesse de uma das partes para provocar o procedimento de revisão judicial.<sup>63</sup>

Contudo, a forma abstrata de controle adotada por Hans Kelsen tem como base a sua posição em relação à ausência de correção entre os interesses público e privado, isto é, para ele, o interesse no exercício do controle de constitucionalidade é público, e não necessariamente, coincide com o interesse privado das partes envolvidas. Por isso, tendo em vista a sua natureza especial, a fiscalização merece um procedimento próprio para que não fique refém de interesses privados.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 31.

<sup>62</sup> GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 121.

<sup>63</sup> STRECK apud FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales. In: *La Jurisdicción Constitucional em Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 106.

<sup>64</sup> KELSEN, op. cit., p. 311-312.

A sistemática defendida por Hans Kelsen foi acolhida na Constituição Austríaca de 1920, assim como na Constituição Checoslováquia do mesmo ano<sup>65</sup>, e em diversos países europeus. Não se pode dizer que todos os países europeus seguem o referido modelo, entretanto, a grande maioria dos países europeus, com maior ou menor similitude, adotaram tal sistema.<sup>66</sup>

Contudo, o sucesso do modelo kelseniano não ficou restrito a solos europeus apenas, e hoje influência, junto com o *judicial review* norte-americano, o controle misto de constitucionalidade vigente no Brasil desde 1988.

### 1.3. O Controle de Constitucionalidade no Brasil

Antes de abordar o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988, não é despidendo trazer à baila, sob um prisma histórico, a trajetória do controle de constitucionalidade no ambiente constitucional brasileiro.

A primeira Constituição brasileira era semirrígida<sup>67</sup>, o que pode ser extraído dos seus dispositivos 174<sup>68</sup> e 178<sup>69</sup>. Este último artigo trazia a distinção da classificação quanto ao conteúdo. O art. 178 dividia a matéria presente na carta, em constitucional e não constitucional. Eram tidas como constitucionais as normas que tratavam dos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos políticos, e individuais dos cidadãos. A principal consequência dessa distinção era que as normas não constitucionais poderiam ser modificadas por meio de maioria simples, ou seja, por um processo legislativo mais simplificado. Já as mudanças atinentes às matérias constitucionais eram realizadas por meio de um procedimento mais dificultoso, o que pode ser comparado com o procedimento de Emenda Constitucional, previsto no art. 60 da Constituição vigente atualmente.<sup>70</sup> Isso fazia com que somente as normas de jaez constitucional fossem paradigmas para o exercício de um eventual controle de constitucionalidade. As demais, apesar de constarem expressamente na Carta, não poderiam servir de paradigma.

---

<sup>65</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 31.

<sup>66</sup> GOUVÊA, op. cit., 2019, p. 121.

<sup>67</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1986 p, 224.

<sup>68</sup> Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles. BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil 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: 4 out. 2020.

<sup>69</sup> Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias. Ibidem.

<sup>70</sup> STRECK, op. cit., p. 114.

O texto constitucional em comento estabeleceu um Estado centralizado, com fortes poderes nas mãos do Imperador, com auxílio do Conselho de Estado, e por meio do Poder Moderador, que era tido como a chave de toda a organização política, e previsto no art. 98 da Carta<sup>71</sup>, que dizia:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

De acordo com Lenio Luiz Streck<sup>72</sup>, tal atribuição era um quarto Poder<sup>73</sup>, tendo a função de um poder neutro, superior aos demais, de acordo com o que previa o arts. 98 a 101 da Carta vigente a época. Em virtude de ser um Poder superior aos outros, não havia que se falar em responsabilidade institucional pelos atos cometidos.<sup>74</sup>

Essa atribuição é um dos principais traços de tentativa de manutenção do poder nas mãos da dinastia Bragança, e foi muito questionada durante a sua vigência, tanto que foi chamada por Frei Caneca como “a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte de liberdade dos povos”<sup>75</sup>. Paulo Bonavides e Paes de Andrade o chamou de a “constitucionalização do absolutismo”.<sup>76</sup>

Já o Conselho de Estado, é citado por Lenio Luiz Streck<sup>77</sup> como um “quinto Poder”<sup>78</sup>, diante da sua grande influência política e jurídica, sobretudo em relação ao Poder Moderador, pois durante o seu funcionamento efetivo, o Imperador confirmou 84% das opiniões do Conselho expressas por unanimidade ou por maioria. Dessa forma, de acordo com José

---

<sup>71</sup>BRASIL, op. cit., nota 65.

<sup>72</sup>STRECK, op. cit., p. 116.

<sup>73</sup> De acordo com a Doutrina, o Poder Moderador foi a principal inovação do desenho institucional da Carta, decorrente, de uma leitura equivocada da teoria de Benjamin Constant. Nem mesmo na França, terra do referido teórico, ele chegou a se experimentado. O modelo adotado no Brasil não correspondia com fidelidade às suas teorias. Isso porque, para ele o Poder Moderador deveria ser um poder neutro de fato, agindo sempre de forma imparcial, para manter o equilíbrio entre os demais poderes. Na sua visão, isso não seria possível se esse poder fosse atribuído ao titular de qualquer outro dos poderes, como foi feito pela Constituição de 1824. SOUZA NETO et al, op. cit., p. 102-103.

<sup>74</sup> Apesar de ter uma faceta liberal, em virtude da influência do liberalismo político ocorrido na Europa, o que pode ser ilustrado por meio dos direitos individuais presentes no texto, a Constituição de 1824 tinha muitos traços absolutistas, e buscava, desde o início, a manutenção do Poder nas mãos do Imperador. Isso é possível de se verificar, ao se analisar o discurso de D. Pedro I, em maio de 1823, ao inaugurar os trabalhos da Assembleia Constituinte, ocasião em que se intitulou como Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, se comprometendo a defender a Constituição, desde que essa fosse “digna do Brasil e de mim”. Ibidem, p. 100.

<sup>75</sup> CANECA, Frei Joaquim do Amor Divido. *Voto sobre o juramento do Projeto de Constituição oferecido por Pedro II*. Disponível em: < [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5506863/mod\\_resource/content/1/frei%20caneca\\_voto%20sobre%20o%20projeto%20de%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%20d%20pedro%20I.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5506863/mod_resource/content/1/frei%20caneca_voto%20sobre%20o%20projeto%20de%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%20d%20pedro%20I.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2021.

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo et al. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002, p. 96.

<sup>77</sup>STRECK, op. cit., p. 116.

<sup>78</sup> Essa denominação não é unânime, tanto que Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, sustentam somente a existência de quatro poderes. SOUZA NETO et al, op. cit., p. 102.

Reinaldo de Lima Lopes, tal órgão era um verdadeiro conselho juriconsultos, ao qual, porém, não se atribuiu nunca a função de interpretar a autenticidade das leis, devendo ser considerado somente como um órgão consultivo do Imperador.<sup>79</sup>

Continuando a breve, mas importante abordagem acerca da estrutura estatal do Império, com o fito de analisar o seu controle de constitucionalidade, em relação ao Poder Judiciário, existia o denominado Órgão do Supremo Tribunal de Justiça<sup>80</sup>, que tinha suas competências traçadas no art. 164 da Constituição<sup>81</sup>. Ao Judiciário foi conferida a independência<sup>82</sup>, mas, era prevista, como prerrogativa do Poder Moderador, a possibilidade de o Imperador suspender magistrados por queixas recebidas contra eles<sup>83</sup>. O Poder Judiciário foi sendo moldado no sentido de que o cargo de Magistrado nunca se estabeleceu como uma carreira capaz de atuar de maneira racional, em benefício da sociedade, mas sim, era uma forma de ingresso na política.<sup>84</sup>

A Constituição de 1824, não trouxe a previsão de um controle *stricto sensu* de constitucionalidade, e em virtude da influência da Revolução Francesa já descrita no presente trabalho, não concedeu ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos legislativos.<sup>85</sup>

Lenio Luiz Streck<sup>86</sup> afirma:

Nesse aspecto, a herança francesa aparece nitidamente na Constituição do Império de 1824, v.g., através dos incisos VIII e IX do art. 15, delegando ao Poder Legislativo não só a tarefa de elaborar leis, mas também de interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, além de velar pela Constituição e promover o bem geral da nação.

De acordo com Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>87</sup>:

<sup>79</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

<sup>80</sup> “Na cúpula do judiciário foi prevista a instituição do Supremo Tribunal de Justiça (art. 164), com competência constitucional circunscrita ao julgamento de recursos de revista, conflitos de jurisdição e ações penais contra certas autoridades. O Tribunal, que foi efetivamente instituído em 1829, era composto por dezessete ministros”. SOUZA NETO et al, op. cit., 102.

<sup>81</sup> BRASIL, op. cit., nota 68. Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provincias.

<sup>82</sup> Ibidem. Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

<sup>83</sup> Ibidem. Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórmula da Lei.

<sup>84</sup> STRECK, op. cit., p. 118.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 103.

A Carta de 1824 não contemplou qualquer mecanismo de controle judicial de constitucionalidade das leis. A única referência expressa ao controle de constitucionalidade é feita para atribuir a função ao próprio Poder Legislativo: caberia à Assembleia promover a ‘guarda da Constituição’ (art. 13, IX). A única possibilidade de controle externo ao Legislativo era o emprego da prerrogativa imperial, inerente ao Poder Moderador, de interferir nos demais poderes. Não por outra razão, há quem identifique o Poder Moderador como instituto antecedente do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Apesar de, a princípio, passar a imagem da existência de um controle, a verdade era que não havia efetividade nele. Isso porque, de acordo com o Lenio Luiz Streck<sup>88</sup> o controle preventivo atribuído ao Parlamento, não poderia fugir da sua natureza caricatural, uma vez que se o Poder Legislativo, composto por um Parlamento de aristocratas, que atuavam pautados, na maioria das vezes, em benefício próprio, tivesse interesse na vigência imediata de uma lei, não seria a Constituição que interromperia tal pretensão, motivo pelo qual, ao cabo, não havia um controle efetivo da higidez constitucional. Portanto, eventual deflagração de fiscalização ficava à mercê das vontades particulares dos Parlamentares, ou do exercício da prerrogativa imperial.

A título de ilustração acerca da ineficácia do controle de constitucionalidade, vale citar que o art. 179, inciso XIX da Constituição de 1824, vedou as penas de açoite, tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, enquanto o Código Criminal de 1830 estabeleceu, no art. 60 que, se o réu fosse escravo, poderia sofrer as referidas penalidades.<sup>89</sup> Dessa forma, não obstante a Constituição estabelecer o fim dessas penas, elas continuaram sendo aplicadas até a abolição da escravatura, em 1888, de modo que a cristalina inconstitucionalidade não foi enfrentada em nenhum momento.<sup>90</sup>

Sendo assim, fica cediço que, ainda que se fale em existência de controle de constitucionalidade no âmbito da Constituição de 1824, tal deflagração era pautada em interesses próprios, e não na busca pela manutenção do equilíbrio do sistema, o que fica demonstrado pela referida ilustração.

A Constituição ficou vigente até o fim do Século XIX. A queda da Monarquia, mais precisamente do 2º reinado<sup>91</sup>, ocorreu em novembro de 1889, em decorrência de três principais

---

<sup>88</sup>STRECK, op. cit., p. 120.

<sup>89</sup>Ibidem, p. 120-121.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>91</sup> “A queda do Império tem seu início nos idos de 1868, a partir do conflito do Imperador D. Pedro II com o gabinete de Zacarias de Góes e Vasconcelos, que abria suas baterias contra o então Barão de Caxias, acusando-o de prolongar a guerra do Paraguai, para efeitos meramente orçamentários. Este conflito instala uma crise política, culminando com a queda de Zacarias em 17 de julho de 1868. Em seu lugar entra o Barão de Itabora. A dissolução parlamentar em 1868 teve efeitos políticos de sua importância: de uma parte, uniu dentro do partido dos liberais, com a formação do Centro Liberal, órgão a serviço de novas diretrizes, as distintas correntes ou dissidências; de outra parte, contribuiu consideravelmente, de forma indireta, para o cisma político de que nasceu, com o Manifesto de 70, o Partido Republicano, vanguarda de um movimento muito mais amplo e radical que não se satisfazia com a mera reforma das instituições vigentes, senão que batalhava abertamente pela sua remoção.” Ibidem, p. 123.

vertentes, a questão religiosa, a questão militar, e o fim da escravatura. Diante desse quadro de crise, o movimento republicano vinha se organizando e ganhando notoriedade desde o a década de 1868, uma vez que o Imperador estava muito idoso, e a sociedade não possuía grande simpatia pelo seu sucessor ao trono, seu genro estrangeiro, Conde D'Edu.<sup>92</sup>

Foram os militares os protagonistas do movimento que rompeu com o antigo regime imperial, e sob a liderança de Deodoro da Fonseca, promoveram o movimento que desaguou na Proclamação da República. Apesar da natureza militar dos líderes do movimento, não houve qualquer conflito armado no processo de formação do novo regime, que, teve início formal com o Decreto nº. 1, de 15 de novembro de 1889, instituindo o governo provisório.<sup>93</sup>

Proclamada a República, a família real é exilada, e Marechal Deodoro da Fonseca é convencido da necessidade de convocar eleições para a assembleia constituinte, a fim de legitimar o poder dos militares. Contudo, tal qual na França, no apogeu do liberalismo político, em virtude da maioria monarquista, havia um temor dos republicanos, o que poderia culminar com o retorno ao antigo regime, motivo pelo qual se alterou o processo eleitoral.<sup>94</sup> Mas, mesmo assim, tal solução era apenas paliativa, uma vez que com a promulgação da nova Constituição, o país elegeria um novo parlamento, sob a Lei Eleitoral anterior, voltando ao sistema de distritos eleitorais, e por consequência, beneficiando a ala monarquista.<sup>95</sup>

Diante desse quadro político-institucional, antes mesmo da promulgação da nova Carta Constitucional, o Congresso Republicano entregou a garantia da instituição e da afirmação da República na lei infraconstitucional, aos Juizes e ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que o novo regime sabia que poderia não ter a maioria para a edição, e aprovação do Código Civil, das normas de Direito Comercial e do Direito Econômico, dentro outras leis.<sup>96</sup>

A preocupação na manutenção do novo regime é nítida entre os líderes do governo provisório, tanto é assim que antes mesmo do início dos trabalhos da Assembleia Constituinte,

---

<sup>92</sup> “Na campanha republicana, aliam-se políticos civis, de diversas inclinações ideológicas, e militares, numa união precaríssima, condenada a desfazer-se pouco depois da proclamação da República. Adeptos do federalismo que antes apoiavam a monarquia, como Ruy Barbosa e Joaquim Nabuco, também aderiram ao movimento republicano, justificando a adesão pela dificuldade de implementação da federação no regime monárquico. SOUZA NETO et al, op. cit., p. 109.

<sup>93</sup> De acordo com a doutrina, nesse movimento não houve participação popular. Ibidem.

<sup>94</sup> “Com efeito, pela Lei vigente, cada Província era dividida em distritos eleitorais, cujas eleições ocorriam por voto majoritário. Era, pois, o voto distrital puro. Como os partidos ligados ao Império estavam organizados por todo o País, fatalmente liberais e conservadores saíam vitoriosos no modelo distrital. Surge, então o regulamento Cesário Alvim (Decreto 511, de 23 de junho de 1890), para balizar exclusivamente as eleições para a Assembleia Constituinte, transformando o sistema eleitoral de distrital puro, para p de costas (cada Estado, ex-Província, passaria a indicar, em distrito único, seus representantes)”. STRECK, op. cit., p. 128.

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 129.

o Governo organizou a Justiça Federal, mediante a edição do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, inaugurando assim, a jurisdição constitucional brasileira.<sup>97</sup>

É a partir do referido Decreto que se inaugura o papel protagonista do Poder Judiciário na sociedade brasileira. A independência que na Constituição de 1824 era apenas “para inglês ver”, agora se torna efetiva, devendo ser lembrado aqui o Decreto 210, de fevereiro de 1890, que determinou que o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça deveria ser eleito por votação de seus pares, vedando em qualquer hipótese a nomeação do Procurador da Fazenda Nacional ou do Promotor de Justiça, o que deixa clara a nova vertente de garantia da independência do Poder Judiciário.<sup>98</sup>

De acordo com Lenio Luiz Streck<sup>99</sup>:

Embora a ideia de controle de constitucionalidade tivesse estampada na exposição de motivos do Decreto 848, sob a nítida inspiração do judicial review norte-americano, somente com a Constituição de 1891 a tese republicana ganha força e estrutura, a partir da designação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle. Por isso é possível afirmar que a teoria constitucional brasileira nasce com a República e a Constituição de 1891.

Dessa forma, o controle difuso ficou expresso no art. 59, §1º, a e b da Constituição de 1891, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal julgar recursos quando questionada a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal do Estado que for contra ela, assim como a hipótese de contestação da validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado que considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. Além disso, o artigo 60 sedimentava o controle difuso, outorgando a competência aos juízes ou tribunais para processar e julgar demandas onde uma das partes fundamentar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup>A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não a Constituição, e, neste último caso, cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação do juiz de sua própria causa. É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, do Poder Executivo. A função do liberalismo no passado (...) foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto. STRECK, op. cit., p. 131.

<sup>98</sup>STRECK apud NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*, II. Porto Alegre: Sulina, 1973, p. 12.

<sup>99</sup>Ibidem, p. 132.

<sup>100</sup>BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2020.

O controle difuso-concreto que teve origem como já explicado aqui, nos Estados Unidos da América<sup>101</sup>, preceitua que o controle pode ser exercido por todo juiz ou Tribunal, diante de um caso concreto que lhe seja submetido. Essa forma de controle é realizada por meio incidental, sendo a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio.<sup>102</sup>

Diante das revoluções de 1930 e 1932, surgiu a constituinte, que culminou com a nova Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar e na Constituição republicana espanhola de 1931, inaugurando assim, o constitucionalismo social no Brasil.<sup>103</sup>

O controle de constitucionalidade inaugurado na Carta Constitucional anterior foi mantido, mas, com três inovações relevantes<sup>104</sup>, buscando assim, um maior aperfeiçoamento do sistema. As inovações consistiram na instituição do princípio da reserva do plenário, segundo o qual só pela maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juízes, poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público, conforme art. 179, a competência do Senado para suspender a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário e, por fim, a criação de um mecanismo de controle preventivo obrigatório de constitucionalidade das leis federais que decretavam a intervenção da União nos Estados.<sup>105</sup>

No que tange à principal inovação, que no caso, perdura até hoje, na Constituição de 1988, o papel atribuído ao Senado Federal surgiu para resolver o problema do efeito erga omnes existente na Constituição de 1891. Com efeito, a redação do art. 91, IV da Carta de 1934 atribuía ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup>No famoso caso de *Marbury v. Madison* “De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando a aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflite.” *Ibidem*, p. 69.

<sup>102</sup>BARROSO, op. cit., p. 72.

<sup>103</sup>SOUZA NETO et al, op. cit., p. 119.

<sup>104</sup>Lenio Luiz Streck cita ainda mais uma inovação, consistente na competência de o Senado examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder executivo e suspender a execução dos dispositivos ilegais. Contudo, de acordo com ele, não se tem notícia do uso dessa prerrogativa, que só existiu durante a vigência da Constituição de 1934. STRECK, op. cit., p. 144.

<sup>105</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 176-178.

<sup>106</sup>BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Sobre as consequências práticas da nova atribuição do Senado Federal, Lenio Luiz Streck<sup>107</sup> afirma:

Com isso, inter partes o efeito era ex tunc; para o restante da sociedade, desde que suspensa a execução do ato normativo pelo Senado, o efeito era ex nunc e erga omnes. Dito de outro modo, enquanto o Supremo Tribunal não mandasse ao Senado a lei declarada inconstitucional, e o Senado não suspendesse a execução dela, qualquer juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la.

A referida competência de suspender a execução das leis e atos normativos declarados inconstitucionais decorria da função que foi atribuída ao Senado Federal pela Constituição de 1934, qual seja, a de poder coordenador.<sup>108</sup> Isso porque, de acordo com o seu art. 22<sup>109</sup>, cabia ao Senado Federal, dentre outras funções, promover a coordenação entre os poderes federais.<sup>110</sup>

A vigência da Constituição de 1934 foi curta, uma vez que promulgada em julho de 1934, e vigorou apenas até novembro de 1937, diante da outorga, em 10 de novembro daquele ano, da Constituição do Estado Novo<sup>111</sup>. A nova Carta é tida como um cristalino retrocesso para a democracia brasileira.

Em relação ao Poder Judiciário, houve uma extrema simplificação de sua estrutura, por meio da supressão de diversos de seus órgãos.<sup>112</sup> No que tange ao sistema de controle de constitucionalidade, a Constituição manteve o controle difuso já multicitado, mas sem qualquer remessa ao Senado, de modo que se uma lei fosse declarada inconstitucional, poderia o Presidente da República, se considerasse relevante para o bem-estar da sociedade, submetê-la ao Parlamento, hipótese em que se fosse confirmada por 2/3 dos votos, em cada uma das Casas, a decisão do Judiciário ficaria sem efeito.<sup>113</sup>

Com a Carta batizada de “a polaca”, é possível perceber um verdadeiro retorno do pêndulo em relação ao exercício da guarda da Constituição, isto é, o titular do direito de proferir a última palavra em relação ao Juízo de conformidade constitucional voltou a ser do Poder Legislativo, como era previsto expressamente na Constituição de 1890, mesmo que àquela época não existisse um controle efetivo.

---

<sup>107</sup>STRECK, op. cit., p. 142

<sup>108</sup> MONTEBELLO. Mariana Willeman. Controle de Constitucionalidade na Constituição da República de 1934: Revisitando a Origem do Quórum Qualificado e da Atuação do Senado Federal no Modelo Concreto-Difuso do Judicial Review. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, nº 69, p. 240, jun. 2015.

<sup>109</sup>BRASIL, op. cit., nota 103.

<sup>110</sup>SOUZA NETO et al, op. cit., p. 119.

<sup>111</sup> “O seu texto foi redigido pelo jurista Francisco Campos, ex-Ministro da Educação, que acabara de assumir a pasta da Justiça do Governo Vargas – um intelectual de forte inclinação autoritária, que chegava às raias do facismo.” SOUZA NETO et al, op. cit., p. 119.

<sup>112</sup>Ibidem., p. 126.

<sup>113</sup>Ibidem., p.145

Com a deposição do Presidente Getúlio Vargas, o Brasil iniciou o seu processo de redemocratização e, em 18 de setembro de 1946, foi promulgada a nova Constituição. Essa nova carta não fez mais do que seguir os trilhos liberais traçados na Constituição de 1934, mas acrescentando a legislação corporativa da era Vargas.<sup>114</sup> Em relação ao controle de constitucionalidade, não houve qualquer inauguração substancial, tal como realizado nas Constituições de 1891 e 1934.<sup>115</sup>

Sobre o tema<sup>116</sup>:

No que tange à jurisdição constitucional, não houve quaisquer alterações substanciais com relação à de 1934. O controle difuso com remessa para o Senado, a partir da declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal mediante quórum de maioria absoluta (nos mesmos termos do art. 97 da atual Constituição), seguiu o modelo inaugurado em 1891, levemente aperfeiçoado em 1934.

Contudo, no que tange à ação interventiva, a Constituição de 1946 remodelou o seu procedimento que, vale frisar, basicamente se mantém até hoje. Mas ressalta-se que a ação direta interventiva não deve ser considerada um meio de controle de constitucionalidade abstrato. Isso porque essa ação sempre tinha como objetivo um caso concreto de intervenção federal, em virtude de conflito envolvendo algum princípio constitucional sensível.<sup>117</sup>

O processo de redemocratização inaugurado em 1945, com a promulgação da Constituição em 1946, durou até o golpe militar de 1964, que marcou o ingresso do Brasil na obscuridade do regime ditatorial.<sup>118</sup> Em 31 de março de 1964, o governo democrático foi derrubado, e Jango, então Presidente, exilado. Nesse novo panorama, a Constituição de 1946 sofreu diversas modificações que vilipendiaram seu viés democrático.<sup>119</sup>

Dessa forma, por meio de o Ato Institucional I, de 9 de abril de 1964, foram mantidas a Constituição de 1946, as Constituições Estaduais, mas acrescidas das modificações trazidas pelo ato. Dentre as modificações lançadas, em relação ao Poder Judiciário houve uma restrição à sua liberdade de atuação<sup>120</sup>, ou seja, o controle jurisdicional dos atos ficou limitado ao exame

---

<sup>114</sup>SOUZA NETO et al, op. cit., p. 145.

<sup>115</sup>STRECK, op. cit., p. 145.

<sup>116</sup>Ibidem., p. 146.

<sup>117</sup>Ibidem.

<sup>118</sup>Ibidem.

<sup>119</sup> A ditadura brasileira apresentou uma maior preocupação em legalizar e legitimar os atos de repressão, contanto com a colaboração de juristas para consolidar uma espécie de “legalidade” autoritária conveniente aos seus planos políticos. Por isso, ao contrário de Chile e Argentina, em que as instituições foram afastadas de forma mais explícita, aqui no Brasil, a manutenção do funcionamento das instituições possibilitava aos cidadãos perseguidos, um julgamento aparentemente legal, mas que ao fundo, estava subsidiado na instrumentalização do direito pelo regime totalitário. STRECK, op. cit., p. 149.

<sup>120</sup> Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento afirmam: “Quanto ao Poder Judiciário, não houve mudanças significativas em relação à Constituição de 1946, com as alterações impostas pelo AI-2. As garantias da

das formalidades, sendo totalmente tolhida a possibilidade de avaliação dos motivos que ensejaram a sua edição.<sup>121</sup>

Além disso, ainda na vigência do regime constitucional de 1946, foi editada a Emenda Constitucional de 1965, que estabeleceu a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-geral da República.

Trata-se da verdadeira inauguração do controle de constitucionalidade abstrato no sistema constitucional brasileiro, e chama a atenção o fato de essa fiscalização, de titularidade do Poder Judiciário, ter sido criada exatamente na vigência do regime militar, o que pode ser considerado um paradoxo.

Contudo, Lenio Luiz Streck afirma:

Não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstacularizassem ações do *establishment*.

Assim como o Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890, que teve o fito de preservar e proteger o movimento republicano, a criação do controle concentrado de constitucionalidade tinha como fito manter as rédeas do sistema jurídico-judiciário, o que pode ser visto com as posteriores baixas e mudanças na Corte Constitucional. Nesse prisma, em 1965, o AI-2 aumentou o número de Ministros de onze para dezesseis, indicando cinco nomes com histórica militância na UDN<sup>122</sup>.

Rompendo de vez com o regime constitucional vigente desde 1945, que vale dizer, já havia sido desvirtuado, em 1967 foi promulgada a nova Constituição, e no que se refere ao controle de constitucionalidade, foi mantida a modalidade difusa, assim como a representação interventiva.<sup>123</sup> Após a sua vigência, em 1969, foi editada a Emenda 1, com fundamento no ato AI 5. Tal modificação não trouxe significativas alterações ao controle estabelecido na Carta de 1967<sup>124</sup>. Contudo, para muitos autores<sup>125</sup>, o texto deve ser considerado como uma nova Constituição.

---

magistratura foram preservadas (art. 108), mas foram conservadas as cláusulas que excluíam da apreciação judicial os atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução”, dentre os quais expedidos por força de atos institucionais (art. 173). A sistemática de controle de constitucionalidade, com as mudanças introduzidas pela Emenda nº16/65, foi mantida.” SOUZA NETO et al, op. cit., p. 145.

<sup>121</sup>Ibidem, p. 148.

<sup>122</sup>Ibidem., p.151.

<sup>123</sup>STRECK, op. cit.

<sup>124</sup>Ibidem.

<sup>125</sup>SOUZA NETO et al, op. cit., p. 151.

De acordo com o Lenio Luiz Streck<sup>126</sup>, a referida Emenda representou a verdadeira institucionalização do arbítrio<sup>127</sup>, mergulhando o Brasil na segunda fase do golpe militar, inaugurando assim, os “anos de chumbo”.<sup>128</sup> No que tange ao controle de constitucionalidade, deve ser registrado a criação de possibilidade de concessão de medida cautelar em representação de inconstitucionalidade, além da ação de interpretação de direito federal. Sobre o tema:

No ano de 1977, foi introduzida a ação de interpretação de direito federal, especificando a Emenda Constitucional 7 que, a partir da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não observância em negativa de vigência do texto interpretado. Começava ali a introdução do efeito vinculante no direito brasileiro.

Diante dos diversos arbítrios praticados desde 1964, desde a década de 70, a sociedade civil passou a reivindicar a convocação da Assembleia Nacional Constituinte. Já os primeiros anos da década de 80 foram marcados pelo funcionamento dos novos partidos políticos, e pelo movimento que visava à realização de eleições diretas para Presente da República.

Sobre esse cenário<sup>129</sup>:

A emenda constitucional das diretas já foi derrotada no Congresso Nacional, mas marcou indelevelmente a política brasileira, uma vez que, a partir dela, surge a ideia de derrotar o regime militar a partir das próprias regras do jogo por ela impostas: as eleições indiretas. Com efeito, a campanha de Tancredo Neves à presidência trazia em seu bojo o compromisso de convocação de uma Assembleia Constituinte. Vencedor no Colégio eleitoral, Tancredo Neves morreu antes da posse. Seu sucessor, José Sarney, encaminhou ao Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição, aprovada em 27 de novembro de 1985, com a seguinte redação: ‘Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Realizados os pertinentes trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição da República Federativa do Brasil, foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e chamada, por Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. Tal passo representou o ápice do processo de transição do regime autoritário em direção à redemocratização.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> Ibidem., p. 152.

<sup>127</sup> STRECK, op. cit., p. 152.

<sup>128</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 150.

<sup>129</sup> STRECK, op. cit., p. 153.

<sup>130</sup> “Não obstante a grande presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido de construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.” SOUZA NETO et al, op. cit., p. 170.

De acordo com Carlos Roberto Castro<sup>131</sup>, o texto constitucional sofreu grande influência das constituições de Portugal, em 1976, e da Espanha, de 1978. Isso porque, ambos os países haviam passado por um processo de redemocratização, saindo assim, de um governo autoritário.

Em virtude disso, e dos imensuráveis excessos cometidos durante o regime constitucional anterior, a organização do texto constitucional de 88 revela uma verdadeira preocupação com os direitos e garantias individuais<sup>132</sup>. Isso porque, ao contrário das constituições brasileiras anteriores, que se iniciavam pela estrutura do Estado, a constituição cidadã trazia primeiro os direitos e garantias fundamentais, só se voltando à organização estatal após isso.<sup>133</sup>

Quanto ao Poder Judiciário, seara de interesse da presente pesquisa, a Constituição realizou diversas mudanças, potencializando a sua autonomia administrativa e financeira, e ampliando a sua atuação política. Nesse sentido, prestigiou o acesso à justiça, e trouxe à baila um amplo sistema de jurisdição constitucional, facilitando a sua deflagração, o que ensejou judicialização da política.<sup>134</sup> Dessa forma, a nova ordem constitucional ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial, incluindo, dessa forma, também o controle de constitucionalidade.

Nesse particular, conforme já citado na presente pesquisa, a nova ordem constitucional sedimentou a natureza mista, também chamada de dual<sup>135</sup>, do controle de constitucionalidade. Isso porque no sistema de fiscalização brasileiro há a coexistência de todas as espécies e modalidades admitidas no direito comparado.<sup>136</sup>

Eduardo de Oliveira Gouvêa<sup>137</sup>, diz:

Com efeito, a ordem constitucional instalada pela Constituição de 5 de outubro de 1988 abarca em seu bojo o controle preventivo-político, da mesma maneira como trata também do controle repressivo-judicial. De forma absolutamente excepcional, ainda

---

<sup>131</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.

<sup>132</sup> “O sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Ao lado de um amplo e generoso elenco de direitos civis e políticos, a Carta de 88 também garantiu direitos sociais – tanto trabalhistas como prestacionais em sentido estrito – e ainda agregou direitos de 3ª dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Ela se preocupou sobretudo com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra morta, como a efetivação dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), os diversos remédios constitucionais previstos para a sua tutela, e o reforço institucional ao Poder Judiciário, concebido como guardião dos direitos. Ademais, o constituinte quis articular a proteção interna dos direitos fundamentais com os internacionais.” SOUZA NETO et al, op. cit., p.172.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> *Ibidem*., p. 175.

<sup>135</sup> GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 146.

<sup>136</sup> MORAES, op. cit., p. 660.

<sup>137</sup> GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 147.

é possível catalogar a possibilidade de controle repressivo-político, que se manifesta, como sabido, na possibilidade de sustação dos atos normativos do poder executivo que exorbitem o poder de regulamentar exercido pelo congresso nacional.

Deve ser acrescida ainda, a possibilidade de impetração de mandado de segurança por membro do Congresso Nacional, no exercício da legitimidade para a deflagração do controle preventivo-judicial<sup>138</sup>. Contudo, buscando não escarpar do bojo central da presente pesquisa, deve ser destacado aqui, o controle repressivo-judicial, exercitado por meio dos seus dois subsistemas, o controle concentrado-abstrato, e o controle difuso-concreto.

De acordo com Guilherme Peña de Moraes<sup>139</sup>:

O controle concentrado, instrumentalizado pela via da ação direta, proporciona a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sustentada como objeto principal da atividade cognitiva, por dois órgãos judiciais, consistentes no Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça, consoante a inconstitucionalidade possa ser declarada em face da Constituição da República, Constituição de Estado e Lei Orgânica do Distrito Federal.

Como já dito, as ações diretas são os instrumentos hábeis à deflagração de tal controle e, tem a sua regulamentação na Lei nº 9.868/99, e de acordo com Guilherme Peña de Moraes, a natureza do ato declarado inconstitucional é de ato nulo. Contudo, aduz que há técnicas de julgamento, como a modulação de efeitos que mitigam tal natureza, de modo que é possível a existência de atos declarados nulos, com produção de efeitos válidos.<sup>140</sup>

Por fim, tendo em vista a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar as ações diretas, que têm como pedido próximo a declaração de constitucionalidade da norma, a decisão proferida em seu bojo tem efeito erga omnes, ou seja, todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, havendo sobre eles um efeito vinculante, conforme diz os artigos 102, §2º, da CRFB/88<sup>141</sup> e 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup>Ibidem.

<sup>139</sup>MORAES, op. cit., p. 143.

<sup>140</sup>Ibidem, op. cit., p. 650.

<sup>141</sup>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 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. BRASIL. *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: 23 jan. 2021.

<sup>142</sup>Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. 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 vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e

De acordo com Teoria Albino Zavascki<sup>143</sup>:

Como característica, pode-se afirmar que o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância, a utilização de um mecanismo executivo próprio – a reclamação – para impor o seu cumprimento.

De outro lado, conforme será abordado no próximo capítulo, e que é objeto de grande divergência na jurisprudência, o ordenamento jurídico não trouxe, a princípio, a previsão de efeito erga omnes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso-concreto, mas tal premissa vem se modificando, conforme se passa a expor.

---

municipal. BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>143</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4 ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

## 2. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O movimento de abstrativização do exercício do controle de constitucionalidade difuso pelo Supremo Tribunal Federal é cada vez mais latente, e encontra-se sempre em voga, em virtude da sua grande influência das decisões da Suprema Corte na sociedade. Por isso, no presente capítulo, será realizada uma abordagem acerca da transformação do procedimento de julgamento do controle difuso-concreto.

### 2.1. O controle difuso-concreto e a arguição de inconstitucionalidade

Conforme já supracitado, a Constituição de 1988 manteve o sistema misto de constitucionalidade, também chamado de dual<sup>144</sup>. Mais uma vez, a modalidade de controle difuso, com remessa ao Senado Federal, foi mantida no texto. Por meio desse subsistema de controle, é possível que no curso de qualquer ação, cuja suscitada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em todos os âmbitos federativos.<sup>145</sup>

Sobre o tema, Lenio Luiz Streck<sup>146</sup> afirma:

Desse modo, ao contrário do que ocorre na maioria dos países da Europa – que a partir do segundo pós-guerra estabeleceram Tribunais Constitucionais com a tarefa de controlar a constitucionalidade, onde a questão da inconstitucionalidade é julgada *per saltum* (exceção feita a Portugal, que manteve, ao lado do controle concentrado, preventivo e sucessivo, o controle difuso) -, no Brasil qualquer juiz de direito de primeira instância pode deixar de aplicar uma lei, se entendê-la inconstitucional.

Tal controle é inerente ao exercício da jurisdição, uma vez que consiste na interpretação e aplicação do direito, não podendo o Magistrado, ser obrigado a aplicar uma norma que entender por ser inconstitucional. Dessa forma, para a sua deflagração, há a premissa da existência de uma ação judicial, uma lide, onde tenha sido alegada a inconstitucionalidade da norma aplicável à disputa.<sup>147</sup>

De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>148</sup>:

<sup>144</sup> Agregando a ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no constitucionalismo português e iugoslavo (de antes da desintegração da federação), a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, introduzida pela EC 3. STRECK, op. cit., p. 157.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 157-158.

<sup>147</sup> BARROSO, op. cit., p. 89.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 90.

A arguição incidental de inconstitucionalidade é também denominada via de defesa ou de exceção porque, originalmente, era reconhecida como argumento a ser deduzido pelo réu, como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional. A parte, em lugar de atacar o ato diretamente, aguardava que a autoridade postulasse judicialmente sua aplicação, pedindo então ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional. Tal limitação de arguição de inconstitucionalidade a uma tese de defesa já não subsiste, mas o réu, por certo, continua a poder utilizar o argumento em sua resposta a uma demanda.

A legitimidade para tal suscitação não se limita somente ao autor de uma ação, em seu pedido inaugural ou em momento posterior. O Ministério Público, atuando como parte ou como custos legis, e terceiros intervenientes, também têm legitimidade para deflagrar o controle difuso. Por fim, até mesmo o órgão judicial julgador – instância ordinária no primeiro e segundo grau de jurisdição – tem legitimidade para suscitar a questão constitucional.<sup>149</sup>

Quanto ao cabimento, o controle difuso pode ser instaurado e exercido em processos de qualquer natureza – de conhecimento, execução e cautelar – havendo como requisito, como já dito, a existência de uma lide com fito de proteção de direitos subjetivos e com pretensão resistida entre as partes. O pedido próximo da demanda não pode ser o ataque à lei, mas sim a busca, a proteção de um direito por ele influenciado.

Luís Roberto Barroso<sup>150</sup> afirma “O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada.”

Nesse sentido<sup>151</sup>:

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

Podem ser objeto do controle em comento, normas de todos os entes federativos, de qualquer hierarquia, incluindo, normas editadas anteriormente à Constituição. Isso demonstra um maior alargamento do controle, desaguando assim, em um maior acesso à jurisdição constitucional, uma vez que de acordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, não é cabível ação direta em face de lei ou ato normativo anterior à Constituição.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup>Ibidem, p. 90.

<sup>150</sup>Ibidem, p. 91

<sup>151</sup>Ibidem, p. 93.

<sup>152</sup>Ibidem, p. 92.

Em relação à competência para exercício do controle difuso, cabem a todos os órgãos judiciais o exercício da sua fiscalização, tanto em primeiro, em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores. Contudo, vale ressaltar que os Juízes de primeiro grau<sup>153</sup> exercitam a abstenção de aplicação da norma que reputam ser inconstitucional de maneira mais simplória do que os Tribunais. Isso ocorre em virtude da reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição vigente, é vedado aos órgãos fracionários dos tribunais a declaração de inconstitucionalidade. Nesse ambiente, há um procedimento específico, estabelecido nos arts. 948 a 950 do Código de Processo civil, estando submetido a essa regra os Tribunais de Justiça Estaduais, os Tribunais Regionais Federais, e os tribunais superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal.<sup>154</sup>

De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>155</sup>:

Por força do princípio da reserva do plenário, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal, ou de seu órgão especial, onde exista. Essa norma, instituída pela primeira vez com a Constituição de 1934, e reproduzida nas subseqüentes, aplicava-se, por força de sua origem apenas ao controle incidental e difuso. Com a criação do controle por via principal e concentrado, estendeu-se também a ele, não havendo qualquer distinção na norma materializada no art. 97 da Carta em vigor. A reserva de plenário espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser informado exige um *quórum* qualificado do tribunal.

Dessa forma, suscitada a inconstitucionalidade perante os Tribunais, de acordo com o art. 948 do CPC, deverá o relator, após a oitiva do Ministério Público e das partes, submeter a questão à turma ou câmara competente para julgamento do processo para acolhimento, ou não, da arguição. Daniel Assunção, afirma a possibilidade de relator, de maneira monocrática, rejeitar a arguição, mas ressaltando que nesse ambiente, o poder do relator de decidir monocraticamente não é grande como nas hipóteses do art. 932, III do CPC.<sup>156</sup> A câmara ou órgão competente para julgamento da causa-piloto, ao decidir sobre o acolhimento da arguição,

---

<sup>153</sup> “Note-se que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la, isso porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade. Essa questão pode suscitar discussões, em face da confusão que pode ser feita entre ‘declarar’ e ‘deixar de aplicar’. Tecnicamente – e o direito é alográfico, porque as palavras têm significado próprio -, não se trata da mesma coisa. Nem poderia. A declaração de inconstitucionalidade é reservada aos plenários (full bench). Controle difuso é apenas o caminho para chegar a esse desiderato. Isso porque, se o juiz ‘declarasse’ a inconstitucionalidade, esse ato deveria ter efeitos correlatos à declaração objetiva. Se ele declarasse, sua decisão teria de ter efeito ex nunc ou deveria modular esses efeitos.” STRECK, op. cit., p. 158.

<sup>154</sup> BARROSO, op. cit., p. 95.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>156</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 1348.

deve somente se manifestar acerca da admissibilidade do incidente processual. Cabe a esse órgão apreciar temas tão somente correlatos ao seu cabimento.<sup>157</sup>

Sobre essa sistemática<sup>158</sup>:

O órgão fracionário não pode decidir o mérito do incidente porque assim o fazendo estará violando o art. 97 da CF (reserva de plenário), nos termos do Enunciado da Súmula Vinculante nº 10/STF: ‘Viola a cláusula de reserva de plenário (Cf, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O que se extrai do referido art. 949, não deve ser olhado com espanto a possibilidade de o órgão fracionário julgar o mérito do incidente, mas desde que decida pela declaração de constitucionalidade, uma vez que para isso tem plena competência, tendo em vista que a cláusula de reserva de plenário tem como fundamento da presunção de constitucionalidade.<sup>159</sup>

Da decisão que acolhe, ou deixa de acolher o incidente suscitado não cabe interposição de recuso especial ou extraordinário, uma vez que não há julgamento de qualquer lide, causa<sup>160</sup>, requisito essencial para o cabimento de recursos excepcionais.<sup>161</sup>

Realizado o controle de admissibilidade, e instaurado o incidente, conforme decisão de maioria simples, de acordo com o art. 949, II do CPC<sup>162</sup>, a questão constitucional, tida como prejudicial, é submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.<sup>163</sup> Remetidos os autos ao plenário, ou órgão especial, o art. 950, *caput*, determina que todos os juízes devem receber cópia do acórdão, e o Presidente do tribunal designar a sessão de julgamento.<sup>164</sup> Em relação à defesa, ou curadoria, da norma reputada como inconstitucional, o

<sup>157</sup>Ibidem, p. 1349.

<sup>158</sup>Ibidem.

<sup>159</sup>Ibidem.

<sup>160</sup> “Tal conclusão, entretanto, parte da premissa do clássico conceito de ‘causa’, que aparentemente foi superado pela previsão do art. 987, *caput*, do Novo CPC, que prevê o cabimento de recurso especial e extraordinário contra o acórdão que julgar o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas). No caso do incidente de arguição de inconstitucionalidade não há previsão como essa, mas a partir do momento que se alarga o conceito de ‘causa’ para que o dispositivo legal possa ser considerado constitucional, o cabimento de recursos excepcionais do acórdão que julga o incidente ora analisado passa a ser mais palatável.” Ibidem, p. 1349-1350.

<sup>161</sup> “Para não dizer que a decisão é irrecurável, é cabível o recurso de embargos de declaração.” Ibidem, p. 1349.

<sup>162</sup>Art. 949. Se a arguição for: (...) II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 25 out. 2020.

<sup>163</sup> “Diferentemente do que previa o art. 481, *caput*, do CPC/1973, o art. 949, II do Novo CPC não exige a lavratura de um acórdão, mas tal supressão se justifica apenas pela inutilidade da previsão legal. Afinal, havendo uma decisão colegiada do órgão fracionário será imprescindível que se elabore um acórdão, cujo único recurso cabível é os embargos de declaração.” NEVES, op. cit., 2016, p. 1350.

<sup>164</sup>Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal. § 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição

art. 950, §1º do CPC, traz a previsão de que a pessoa jurídica de direito público, responsável pela elaboração do ato questionado, possa se manifestar no incidente.<sup>165</sup>

No que se refere à legitimidade para se manifestar no âmbito do incidente, tem-se no §2º do referido dispositivo, a previsão de que os legitimados para a propositura das ações diretas, previstas no art. 103 da Constituição Federal, possam se manifestar por escrito, apresentando memórias e juntando documentos.<sup>166</sup>

Por derradeiro, o §3º traz a previsão de possibilidade de ingresso de *amicus curiae*. Contudo, sobre o tema, Daniel Assunção diz:

O dispositivo ora analisado incorre no equívoco de qualificar o pronunciamento do relator que tem como objeto a admissibilidade do *amicus curiae* como despacho, quando evidentemente se trata de uma decisão interlocutória, ainda que por opção legislativa irrecorrível. Diferente dos sujeitos previstos nos dois incisos anteriores, que têm a faculdade de participar do processo (querendo) ao *amicus curiae* não basta querer, cabendo ao relator a análise da adequação da sua intervenção.

Realizada todas as manifestações para o exercício do contraditório das partes e dos terceiros intervenientes, deve ser julgado o incidente perante o órgão competente, e a declaração de inconstitucionalidade é tida como procedente, mediante voto da maioria absoluta dos juízes que compõe o tribunal.<sup>167</sup>

Decidido o mérito do incidente, qualquer que seja o resultado, o órgão fracionário que o instaurou, fica vinculado à decisão proferida, passando esta, a fazer parte do julgamento do recurso, causa ou reexame originário. Daniel Assunção afirma<sup>168</sup>:

Por essa razão o acórdão que julga o incidente, salvo na hipótese de embargos de declaração, é irrecorrível: o julgamento só se completará com a decisão do recurso, causa ou reexame necessário pelo órgão fracionário, que retomará seu regular prosseguimento imediatamente após o julgamento do incidente processual.

---

Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. BRASIL, op. cit., nota 162.

<sup>165</sup> “Apesar da previsão legal sugerir que a participação seja espontânea, acredito que em respeito ao princípio do contraditório deva ser intimada para que, querendo, se manifeste no incidente.” NEVES, op. cit., 2016, p. 1351.

<sup>166</sup> “Apesar da expressa previsão legal no tocante à forma escrita da manifestação, entendo também ser admissível a sustentação oral na sessão de julgamento, não havendo qualquer sentido lógico e/ou jurídico que afaste esse direito. Nesse caso parece ser dispensável a intimação dos legitimados, até a sua impossibilidade material.” Ibidem.

<sup>167</sup> “Possuindo o incidente natureza dúplice, o julgamento do mérito do incidente declarará ser a norma inconstitucional (procedência) ou inconstitucional (improcedência).” Ibidem.

<sup>168</sup>Ibidem, p. 1352.

Após a conclusão do incidente de arguição de incompetência, o julgamento final do recurso originário deve ser considerado objetivamente complexo, isso porque é composto pela decisão que julgou a questão constitucional, assim como pela decisão que julga a pretensão subjetiva das partes/recorrentes.<sup>169</sup>

Finda a possibilidade de recursos ordinários, em face da decisão proferida pela câmara de origem, competente para julgamento da causa, recurso ou reexame necessário, é cabível a interposição de recurso especial e extraordinário. Este último é o recurso excepcional pertinente à pesquisa em comento, e por isso, será melhor tratado a seguir.

## 2.2. O recurso extraordinário

Não é despiciendo citar que não é somente por meio do recurso extraordinário que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle difuso de constitucionalidade. Tal atuação também pode ocorrer nas hipóteses de competência originária da Corte para julgar *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, reclamação, assim com as demais ações estabelecidas do dispositivo 102, inciso I da Constituição vigente.<sup>170</sup>

Porém, o recurso extraordinário é o principal instrumento de deflagração do controle difuso de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal<sup>171</sup>. Essa ferramenta, prevista no art. 1.029<sup>172</sup> e seguintes, com fundamento no art. 102, inciso III, da CRFB/88<sup>173</sup>, vem sofrendo grande alteração no seu procedimento, muito em virtude do advento da repercussão geral da questão constitucional e do Código de Processo Civil de 2015.

No Código de Processo Civil, o Recurso Extraordinário é tratado no mesmo capítulo em que o Recurso Especial, uma vez que ambos têm fundamento no texto constitucional. Sobre eles, Alexandre Câmara<sup>174</sup> afirma:

O recurso extraordinário e o recurso especial são, por excelência, recursos excepcionais, isto é, recursos em que apenas questões de direito podem ser suscitadas. Neles não se admite qualquer discussão sobre matéria fática (o que explica o conteúdo

<sup>169</sup> “Por essa razão é pacífico o entendimento nos tribunais superiores de que sendo interposto recurso especial e/ou extraordinário nessa situação, exige-se do recorrente a instrução do recurso com cópia de ambas as decisões mencionadas, única forma de instruir o recurso com a íntegra do julgamento.” Ibidem.

<sup>170</sup> STRECK, op. cit., p. 283.

<sup>171</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 32.

<sup>172</sup> Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: BRASIL, op. cit., nota 162.

<sup>173</sup> BRASIL, op. cit., nota 141.

<sup>174</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 350.

do enunciado 279 da súmula do STF e do enunciado 7 da súmula do STJ, ambos a afirmar o não cabimento desses recursos para simples reexame de prova).

Do referido trecho, é possível verificar o papel dos recursos excepcionais é distinto dos demais recursos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre a sua função, Fredie Didier Jr.<sup>175</sup> diz:

O papel do recurso extraordinário, no quadro dos recursos cíveis, é o de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento.

Já é possível, diante da referida abordagem funcional, verificar que, mesmo antes de qualquer vertente de abstrativização, o recurso extraordinário já possuía uma função transcendente aos interesses das partes. Isso porque seu objeto não pode ser o reexame de matéria fática ou probatória, se restringindo somente à reanálise de matéria de direito, a fim de resguardar a unidade, e a ordem na aplicabilidade do texto constitucional.

Ressalta-se que diferente do que é estabelecido em outros países como Portugal, França e Espanha, no julgamento do recurso extraordinário brasileiro, há a resolução tanto da prejudicial de julgamento – no caso, norma tida como inconstitucional, denominada de questão constitucional – como também a questão de mérito, ou seja, o julgamento do direito subjetivo que ensejou a propositura da demanda, ou a interposição do recurso.<sup>176</sup>

No que tange ao seu cabimento, são possíveis de arguição em sede de recurso extraordinário as matérias elencadas nas alíneas a, b, c e d do art. 102, inciso III da CRFB/88, todas referentes à aplicação e interpretação do texto constitucional.<sup>177</sup>

Não obstante à sua função distinta no ordenamento jurídico em relação aos demais recursos, o recurso extraordinário também deve preencher todos os pressupostos recursais genéricos existentes<sup>178</sup>. Mas, por sua excepcionalidade, possui alguns pressupostos específicos.

---

<sup>175</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querelela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 353.

<sup>176</sup>STRECK, op. cit., p. 217.

<sup>177</sup>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. BRASIL, op. cit., nota 141.

<sup>178</sup>De acordo com Leonardo Greco, os requisitos genéricos são: recorribilidade (taxatividade), tempestividade, singularidade, adequação, preparo, regularidade procedimental, interesse de recorrer, legitimidade para recorrer e inexistência de atos de disposição. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*, V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 67-78.

O primeiro pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário é que a decisão recorrida seja uma decisão final de um juiz ou de um tribunal. Deve ser tida como decisão final aquela não mais sujeita a recuso ordinário, isto é, a recurso com efeito devolutivo amplo, consistente em reexame de matérias de direito e de fato.<sup>179</sup>

Sobre o tema, é mister trazer à lume as lições de José Carlos Barbosa Moreira<sup>180</sup>:

Pode o recurso ter por objeto acórdão proferido em causa da competência originária de tribunal, no julgamento de outro recurso, ou ainda em qualquer dos casos de reexame obrigatório em segundo grau de jurisdição, mesmo que ninguém haja apelado. Não obstante fale o texto constitucional em 'causas decididas', o melhor entendimento é o de que o acórdão não precisa versar sobre o mérito. Ao contrário do recurso especial, o extraordinário pode caber até contra decisões de acórdãos de primeiro grau não impugnáveis por outra via.

Já o prequestionamento, outro requisito específico, é a exigência de que o recurso tenha como objeto matéria que tenha sido expressamente enfrentada na decisão recorrida. Isso ocorre em decorrência do requisito anterior, porque só se admite recurso extraordinário a respeito de causas decididas. Logo, não é possível, nessa via recursal, inovar suscitando-se matéria ou fundamento que não tenha sido apreciado na decisão recorrida.<sup>181</sup>

De acordo com Guilherme Peña<sup>182</sup>:

O prequestionamento de matéria constitucional levada ao Poder Judiciário consiste em requisito específico ou suplementar de admissibilidade do recurso extraordinário, a despeito do cabimento, legitimação para recorrer, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extinto do poder de recorrer (requisitos de admissibilidade intrínsecos) e da tempestividade, regularidade formal e preparo (requisitos de admissibilidade extrínsecos). A atividade postulatória do recorrente deve ensejar o entendimento explícito do órgão *a quo* acerca da questão constitucional arguida nas razões recursais.

Contudo, é cristalinamente possível que a matéria tenha sido suscitada na instância ordinária, mas não tenha sido apreciada no bojo da decisão recorrida, isto é, havendo uma verdadeira omissão do Tribunal de origem. Nesse caso, é necessária a oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento, cujo objeto é o suprimento da omissão, instando o Tribunal a se pronunciar de maneira expressa acerca da matéria que será objeto de recurso extraordinário.

---

<sup>179</sup>Ibidem, p. 280.

<sup>180</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 165.

<sup>181</sup>CÂMARA, op. cit., p. 541.

<sup>182</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 129.

Tal sistemática sempre foi objeto de grande discussão, uma vez que os Tribunais de origem insistiam em não sanar a omissão suscitada, o que, por conseguinte, desaguava em um grande número de recursos inadmitidos pelo não preenchimento do requisito em comento. Isso faz parte de uma verdadeira jurisprudência defensiva dos Tribunais superiores.

Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 inovou, solucionando o referido impasse, ao estabelecer no art. 1.025<sup>183</sup>, que opostos os embargos de declaração, mesmo que o Tribunal seja, novamente, omissor, considera-se preenchido o requisito do prequestionamento.

Porém, de maneira cética com o teor do supracitado dispositivo, Eduardo de Oliveira Gouvêa entende que os tribunais superiores ficam numa posição confortável de manter a exigência do prequestionamento e o seu não atendimento, sendo uma verdadeira crença, a visão de que art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015 tenha resolvido o problema. Em sua obra, ele diz:

É bem verdade que o dispositivo cometeu na parte final um deslize quando determinou que os elementos trazidos pelo embargante e que tivessem sido suscitados antes do julgado, viessem a ser considerados integrantes do mesmo *ope legis*. Entretanto, condicionou tal mister na hipótese do Tribunal Superior considerar a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade, o que poderá ensejar um novo refluxo da jurisprudência defensiva.

Tal visão é corroborada pela atual jurisprudência que, não obstante ao teor do art. 1.025 do Código de Processo Civil, insiste em uma jurisdição defensiva, a fim de diminuir o asoerramento de trabalhos no âmbito dos Tribunais Superiores. Dessa forma, o preenchimento do requisito do prequestionamento continua sendo uma verdadeira odisséia para o recorrente, a depender de uma verdadeira boa vontade do Tribunal de origem em analisar, de maneira expressa, a matéria prequestionada.

É justamente nessa seara de jurisprudência defensiva, e de tentativa de diminuição do acesso aos Tribunais Superiores, que surge o outro requisito específico, qual seja, a repercussão geral da questão constitucional. Daniel Assunção<sup>184</sup> afirma:

Percebendo-se com clareza que o Supremo Tribunal Federal tinha se desvirtuado da função para a qual foi projetado, atuando em demandas de menor significância, e sendo exorbitante a quantidade de recursos extraordinários que chegam àquele tribunal, o legislador resolveu criar um pressuposto de admissibilidade para que o tribunal passe a julgar somente causas de extrema relevância.

---

<sup>183</sup>Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. BRASIL, op. cit., nota 162.

<sup>184</sup>NEVES, op. cit., 2016, p. 1622.

A repercussão geral foi trazida ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 102 da Constituição de 88. De acordo com Alexandre Freitas Câmara, “consiste a repercussão geral na existência de relevância da questão constitucional discutida do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse os interesses subjetivos do processo”<sup>185</sup>. Dessa forma, o recurso extraordinário só deve ser admitido se a questão constitucional nele ventilada gozar de transcendência, sendo a sua conclusão de interesse não somente das partes, mas de toda a sociedade, ou de parte considerável dela.

Diante da sua zona cinzenta de definição do conceito, Eduardo de Oliveira Gouvêa<sup>186</sup> apresenta uma crítica:

Estabelecer conceitos aptos a gerar atividade jurisdicional com a necessária segurança e previsibilidade, é um dos grandes desafios do atual quadrante da evolução jurídica moderna. Insta constatar que a característica marcante dos ordenamentos jurídicos da atualidade se notabiliza pela presença farta, e às vezes indiscriminada, tanto de conceitos jurídicos indeterminados, como também das denominadas cláusulas abertas. Portanto, acaba atraindo para o intérprete um leque de opções extensas para buscar o real sentido da norma.

No que diz respeito à sua forma de preenchimento, de acordo com a doutrina<sup>187</sup>:

O Tribunal tem sido implacável na exigência de fundamentação específica quanto à repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário. Assim – e veja-se o RE 569.746-AgRg-, tdp recurso interposto contra decisão publicada após o dia 3 de maio de 2007 deve apresentar preliminar formal e fundamentada de repercussão geral.

Deve ser ressaltada aqui a exigência de fundamentação específica e explícita, não podendo ser admitido o recurso, com base em fundamentação implícita, de modo que no bojo da petição de interposição, deve haver um tópico destacado a respeito da repercussão geral da matéria discutida, mesmo nas hipóteses legais de repercussão geral presumida.

Tal requisito, assim como a necessidade de demonstração do prequestionamento, tem com fito a cristalina busca de diminuir o acesso à jurisdição constitucional exercida pelo

---

<sup>185</sup>CÂMARA, op. cit., p. 541.

<sup>186</sup>GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 164.

<sup>187</sup>STRECK, op. cit., p. 225.

Supremo Tribunal Federal, o que se denomina de jurisprudência defensiva, e já é praticada no Brasil desde o advento da arguição de relevância<sup>188</sup>. Lenio Luiz Streck<sup>189</sup> diz:

A jurisprudência defensiva surgiu em resposta à previsão que tratava do recurso extraordinário, inserida no art. 101, III, *a a d*, da Constituição de 1946, e no art. 119, III, *a a d*, e §1º, da Constituição de 1967, por meio da Emenda Constitucional 1/1969, consistindo em mecanismos jurisprudenciais instituídos com o intuito de promover a redução do número de recursos extraordinários a serem enfrentados pelo STF, em face das possibilidades geradas pelas mencionadas prescrições normativas.

A arguição de relevância supracitada, primeiro balão de ensaio da repercussão geral da questão constitucional, foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Regimental 3/1975 no RISTF, encontrando fundamento na EC 1/1969. Já com o advento da EC 7/1977, a previsão da arguição de relevância da questão federal foi inserida no texto constitucional de forma expressa.<sup>190</sup> Contudo tal arguição não foi recepcionada pela Constituição de 1988, motivo pelo qual a EC 45/2004, mantendo a tendência e trajetória de jurisprudência defensiva, foi criada o requisito da repercussão geral.

Interposto o recurso perante Tribunal de origem, quando preenchidos os requisitos de admissibilidade, salvo a repercussão geral e as hipóteses previstas no art. 1.030, I, do Código de Processo Civil<sup>191</sup> que devem ser analisadas pela Corte Constitucional, o recurso extraordinário, deverá ser remetido ao Supremo Tribunal Federal para, em regra, livre sorteio de um Ministro Relator. De acordo com o art. 1.035, §4º do CPC<sup>192</sup>, antes de o Supremo Tribunal Federal decidir acerca da presença de repercussão geral<sup>193</sup>, será admitida a intervenção

<sup>188</sup> “A arguição de relevância, por sua vez, foi inspirada no “*judiciary Act*, de 1925, que deu à Corte Suprema dos EUA ampla discricção na concessão do *writ of certiotati*, providência pela qual se torna possível a revisão de mérito de certas decisões de outros tribunais.” BERMUDEZ, Sérgio. Arguição de relevância da questão federal. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 7. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 437.

<sup>189</sup> STRECK, op. cit., p. 219.

<sup>190</sup> “Nos termos do §1º do art. 327 do RISTF, considerava-se questão federal aquela que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os relevantes aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.” *Ibidem*, p. 220.

<sup>191</sup> BRASIL, op. cit., nota 142. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

<sup>192</sup> BRASIL, op. cit., nota 162.

<sup>193</sup> O STF decidiu que a repercussão geral deve ser exigida em todos os recursos extraordinários, sem em matéria cível, criminal, eleitora ou trabalhista. Contudo, reconheceu que o recurso com matéria criminal tem um possui um regime jurídico peculiar, mas que não afeta a disciplina constitucional. Por isso, não é admitida a tese de que há repercussão geral presumida para os recursos extraordinários criminais. STRECK, op. cit., p. 223.

de *amicus curiae*, aumentando, dessa forma, a legitimidade democrática da decisão que venha a ser proferida.<sup>194</sup>

Como no incidente<sup>195</sup> de arguição de inconstitucionalidade, as partes e o Ministério Público possuem a legitimidade para suscitar a instauração. Contudo, de acordo com o referido autor, o art. 1.035 do Código de Processo Civil permite que, além das partes, o Supremo Tribunal Federal, por um de seus Ministros, possa provocar a instauração do incidente.<sup>196</sup>

Sobre o tema, Eduardo de Oliveira Gouvêa<sup>197</sup>, traça um paralelo entre o incidente em comento, e o incidente de arguição de inconstitucionalidade, a fim de trazer à baila a legitimidade das autoridades e entidades citadas do art. 103 da Constituição Federal:

Da mesma forma não há nenhum obstáculo na legitimação para arguir a questão da constitucionalidade para aqueles que sejam legitimados à deflagração do controle concentrado, como se estabelece no art. 103 da Constituição da República, já que o §2º do art. 950 do Código de Processo Civil tal possibilidade denota o acoplamento estrutural entre o incidente de arguição de inconstitucionalidade, como também o incidente de arguição de relevância de repercussão geral da questão constitucional.

Como já supracitado na abordagem acerca da arguição de inconstitucionalidade, naquele ambiente eles podem pronunciar-se por escrito sobre a questão prejudicial arguida. Já aqui, de acordo com o referido autor, é possível além da manifestação acerca do objeto que trata o incidente, a arguição de outras matérias que influenciam na controvérsia julgada na causa de origem, também chamado pelo autor de causa-piloto. No mesmo diapasão, tal qual no art. 950, §§1º e 3º do Código de Processo Civil<sup>198</sup>, o *amicus curiae*, e os entes responsáveis pela edição do ato questionado podem se manifestar, sendo possível por estes, tanto a adoção da defesa da constitucionalidade, quanto à manifestação pela invalidade da norma. Aqui não deve haver qualquer vinculação quanto ao protagonismo ou vertente adotada no controle de constitucionalidade preventivo, realizado durante a fase legislativa, devendo prevalecer sempre a defesa da constituição.<sup>199</sup>

Após, o Ministro Relator submeterá o recurso, por meio eletrônico, aos demais ministros, com cópia da sua manifestação acerca da existência ou não, de repercussão geral, conforme pode ser extraído do art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal –

---

<sup>194</sup>CÂMARA, op. cit., p. 542.

<sup>195</sup><sup>195</sup> “Como foi possível constatar no curso da presente pesquisa, tanto o incidente de arguição de inconstitucionalidade quanto a repercussão geral da questão constitucional são incidentes processuais, sendo a regência normativa de ambos tratada respectivamente, nos artigos 948 e 1.035 do Código de Processo Civil”. GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 206.

<sup>196</sup>Ibidem

<sup>197</sup>Ibidem.

<sup>198</sup> BRASIL, op. cit., nota 164.

<sup>199</sup>GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 207.

RISTF<sup>200</sup>. Os demais Ministros, por meio de Plenário Virtual, receberão os autos e, no prazo de 20, devem se manifestar acerca da repercussão geral da questão constitucional.<sup>201</sup>

Recentemente, mais precisamente em 1º de julho de 2020, houve a edição da Emenda Regimental nº 54, que retirou a presunção de presença de repercussão geral no caso de não cumprimento, pelos Ministros Relatores, do supracitado prazo de 20 dias. Agora, de acordo com o §3º do art. 324<sup>202</sup>, o Ministro que não observar o prazo, terá a sua não participação registrada na ata de julgamento.

Findo o prazo de 20 dias para manifestações dos demais Ministros, somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecer a existência de matéria constitucional, consoante inovação também trazida pela Emenda Regimental nº 54.<sup>203</sup> Superado tal óbice, de acordo com Alexandre Freitas Câmara<sup>204</sup>, o Supremo Tribunal só pode deixar de conhecer o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, se caso, decidirem dessa maneira, dois terços dos seus membros<sup>205</sup>. E, de acordo com o art. 1.035, §8º<sup>206</sup> do CPC, essa decisão é irrecorrível.

De outro norte, ao contrário do requisito da comprovação de o recorrente demonstrar a existência do requisito em comento, há presunção de repercussão geral da questão constitucional, quando o recurso extraordinário for interposto em face de decisão que contraria enunciado de súmula ou jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, e quando o acórdão recorrido entender pela inconstitucionalidade, no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, de tratado internacional ou de lei federal.<sup>207</sup>

---

<sup>200</sup>Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

<sup>201</sup> Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. *Ibidem*.

<sup>202</sup> § 3º O ministro que não se manifestar no prazo previsto no caput terá sua não participação registrada na ata do julgamento. *Ibidem*.

<sup>203</sup> Art. 324 (...) § 1º Somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional. *Ibidem*.

<sup>204</sup>CÂMARA, op. cit., p. 542.

<sup>205</sup> “Proferida a decisão sobre a repercussão geral, a súmula de pronunciamento (isto é, o resumo do que venha sido decidido) constará de ata, que será publicada no órgão oficial, e valerá como acórdão (art. 1.035, §11).” *Ibidem*.

<sup>206</sup>§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica. BRASIL, op. cit., nota 162.

<sup>207</sup>§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; (...) III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. *Ibidem*.

Reconhecida a presença do requisito em comento, é instaurado o incidente da repercussão geral da questão constitucional. Dessa forma, tendo em vista que isso deixa clara a transcendência da matéria versada, de acordo com o art. 1.035, §5º, o Ministro Relator deve determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma questão constitucional.<sup>208</sup> Tal previsão por si só, mostra a necessidade da transcendência dos efeitos da decisão proferida acerca da questão constitucional da repercussão geral, o que será aprofundado mais adiante.

Por fim, tendo em vista a importância de uma resolução da dirimência instada, uma vez que irradiará efeitos para diversos processos suspensos, o art. 1.035, §9º do CPC, estabelece que o julgamento deva ocorrer no prazo de um ano, prevalecendo sobre todos os demais processos, salvo os de réu preso, e os pedidos de habeas corpus.<sup>209</sup>

### **2.3. O julgamento em tese do recurso extraordinário**

Como citado no início do capítulo, o exercício do controle de constitucionalidade “difuso-concreto” vem passando por diversas modificações, em virtude de alterações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e de modificações legislativas.

Isso porque, reconhecida a existência da repercussão geral da questão constitucional significa que há uma verdadeira transcendência dos interesses consignados no bojo daquele processo. No que se referente ao julgamento do incidente, deve-se aplicar regras distintas das estabelecidas nos procedimentos e recursos de processos de cunho objetivo.

Com o reconhecimento da repercussão geral e instauração do incidente, há a possibilidade de sua continuidade, mesmo que não seja utilizado, no futuro, para a resolução da causa-piloto que ensejou a sua instauração. Isso ocasiona o que se denomina de abstrativização da jurisdição constitucional. Guilherme Peña diz:<sup>210</sup>

A abstrativização do controle concreto é resumida como reconhecimento de força normativa, típica do controle principal, instaurado pela via de ação direta, e pronunciamentos do Poder Judiciário que resolvam contenciosamente litígios

---

<sup>208</sup> Na hipótese de algum processo já ter sido objeto de recurso, a suspensão do feito será realizada pela Presidência ou Vice-Presidência do tribunal de origem, conforme disposto no art. 1.035, §6º do CPC. *Ibidem*.

<sup>209</sup> “Não ocorrendo o julgamento em um ano, cessa a suspensão dos demais processos, que retomarão seu curso normal (o que estava originalmente previsto no art. 1.035, §10, revogado pela Lei nº 13256/2016, sendo certo que esta regra continua a incidir por força do disposto no art. 980, parágrafo único – com a ressalva da ‘decisão fundamentada do relator em sentido contrário’ -, aplicável aos recursos repetitivos, como se vê pelo enunciado 345 do FPPC).” CÂMARA, *op. cit.*, p. 543.

<sup>210</sup>MORAES, *op. cit.*, 2017, p. 663.

existentes na sociedade, tomados no controle incidental, instituído pela via de exceção, sem a intermediação de outro Poder.

Há um verdadeiro movimento de abstrativização do controle difuso que, inicialmente, tinha como requisito a existência de uma lide subjetiva subjacente. Sobre o tema, Eduardo de Oliveira Gouvêa<sup>211</sup> diz:

De seu turno, a formação do incidente de repercussão geral da questão constitucional, por sua relevância e transcendência, instaurar-se-á um incidente que, a partir do momento em que estiver tramitando, ganha vida autônoma em relação ao processo-piloto do qual foi suscitado. Isso porque não se pode dizer que seria um procedimento incidental e, portanto, acessório.

O Supremo Tribunal Federal vem modificando a sua jurisprudência<sup>212</sup>, admitindo a formação do incidente de repercussão geral da questão constitucional, mesmo na hipótese de não mais haver a possibilidade de julgamento da causa-piloto. Logo, o incidente é julgado de forma totalmente autônoma em relação à lide que lhe deu origem.<sup>213</sup>

O referido *leading case* trata-se de Agravo em Recurso Extraordinário, no qual, o recorrente pleiteava a possibilidade de uma candidatura avulsa, ou seja, sem qualquer filiação partidária, ao cargo de Prefeito do Município do Rio de Janeiro nas eleições de 2016. Contudo, com a impugnação da sua candidatura e a realização das eleições, houve a perda do objeto da causa. Porém, não obstante, em questão de ordem levantada, o Supremo Tribunal entendeu pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, superando assim a prejudicialidade da perda superveniente da causa.

No voto do acórdão lavrado, o Ministro Relator<sup>214</sup> fundamenta da seguinte maneira:

A questão de ordem que trago à apreciação do pleno, portanto, é se a perda parcial de objeto do caso concreto impede a atribuição de repercussão geral à questão jurídica que ele veicula. Em segundo lugar, observo que a admissibilidade de candidatura avulsa constitui questão de grande relevo, que pode interferir no pleito de 2018, sobretudo na situação atual, em que se verifica, de um lado, uma profunda crise de credibilidade do sistema político, e, de outro, um impasse na aprovação, pelo Congresso, da reforma política que poderia, ao menos, minimizar esse cenário. Não há dúvida de que a matéria constitui questão relevante do ponto de vista político, social e jurídico, que ultrapassa os interesses subjetivos do processo, atendendo aos requisitos do art. 1.035, §1º, CPC. Por isso, proponho o imediato reconhecimento da repercussão geral.

<sup>211</sup>GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 209.

<sup>212</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.054.490 do RJ*. Ministro Relator: Luís Roberto Barroso. Julgado em: 16 out, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208032>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

<sup>213</sup>GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 210.

<sup>214</sup>BRASIL, op. cit., nota 212.

Dessa forma, a repercussão geral foi acolhida, e o julgamento do incidente será realizado de forma abstrata, de maneira autônoma em relação à causa-piloto, formando, ao cabo, o que se denomina de causa-modelo. Por isso, a partir do advento da repercussão geral da questão constitucional, pode-se dizer o Supremo Tribunal Federal só julga matérias em abstrato, independente da forma como a demanda subjacente lhe foi submetida. Logo, o controle difuso passa a ser concreto numa ponta, e abstrato na outra, diz-se, Supremo Tribunal Federal.<sup>215</sup>

Eduardo de Oliveira Gouvêa afirma:

Isso não quer dizer que não exista uma capilaridade fática no exercício da pertinência constitucional da matéria. O que se quer dizer é que não se estará julgando a causa primitiva, mas eventualmente sobre ela os efeitos das decisões do incidente poderão ter consequência.

O entendimento pela abstrativização passa pelo modo de aplicação do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em uma interpretação teleológica, no supracitado julgado acerca da candidatura avulsa, com o reconhecimento da repercussão geral, todos os processos sobre o tema foram suspensos, tendo em vista o que determina o Código de Processo Civil. Se não houvesse o julgamento independente do incidente, ou se sua existência fosse condicionada à continuidade da causa piloto, a perda do objeto do *leading case* acarretaria o prosseguimento de todos os processos eventualmente suspensos que, ao cabo, provavelmente desaguardariam novamente na Suprema Corte para julgamento, ocasionando assim, uma prestação jurisdicional ineficiente.

Logo, apesar de todo um procedimento criado para uma maior eficácia e segurança jurisdicional, em virtude do fim de uma pretensão subjetiva, seria obstada a resolução de uma matéria de interesse objetivo, ou seja, com grande relevância para a sociedade.<sup>216</sup> Por isso, o referido julgado do Supremo Tribunal Federal é de grande valia, estabelecendo a premissa da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, sendo, nesse sentido, de grande importância a análise da extensão da eficácia das decisões proferidas no âmbito do incidente em comento.

---

<sup>215</sup>GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 210.

<sup>216</sup>Ibidem, p. 219.

#### 2.4. O efeito *erga omnes* da decisão proferida no incidente da repercussão geral da questão constitucional

Originariamente, a decisão proferida em sede do controle difuso-concreto de constitucionalidade tinha efeitos *inter partes*, tendo em vista a ausência de previsão legal do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro<sup>217</sup>, diferente do que o ocorre nos Estados Unidos. Dessa forma, interposto e admitido o recurso extraordinário, instaurado e julgado o incidente da repercussão geral da questão constitucional, a princípio, os efeitos desse julgamento deveriam ficar adstritos somente às partes do processo. Diante da ausência do *stare decisis*, tal lacuna referente à extensão dos efeitos dessa decisão, ocorreu desde o advento do controle difuso de constitucionalidade em terras brasileiras, o que só foi solucionado na Constituição de 1934, com a previsão de remessa para o Senado Federal da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede difusa, o que foi repetido em todas as Constituições seguintes, com exceção da de 1937.

Desde então, ficou estabelecido que declarada a inconstitucionalidade de uma lei, de acordo com o art. 52, X da Constituição de 1988<sup>218</sup>, há a comunicação da referida decisão ao Senado Federal, para que este, no gozo de suas atribuições conferidas pela Carta Magna, confira à decisão efeitos *erga omnes*, isto é, suspender a execução da lei inconstitucional.

A referida sistemática, a princípio, pareceu pôr fim ao hiato da extensão dos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso. Contudo, diante do advento da repercussão geral da questão constitucional, a discussão acerca da função do Senado Federal, prevista no art. 52, X da CRFB/88 passou a ser discutida com grande destaque, sendo abordada no ano de 2006, no julgamento da Reclamação Constitucional n.º 4.335.<sup>219</sup> A tese levantada e posta para julgamento foi à respeito da mutação constitucional do supracitado artigo, no sentido de tenha ocorrido a modificação informal do dispositivo, passando a ser interpretado por alguns Ministros da seguinte forma: “Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à

---

<sup>217</sup> “Implementado o *judicial review* em *terrae brasilis* com a Constituição Republicana de 1891, restou uma lacuna somente resolvida com a Constituição de 1934. Com efeito, a Constituição não tratou de um problema crucial para o controle de constitucionalidade, o de conceder efeito *erga omnes*, problemática resolvida no sistema norte-americano através da doutrina do *stare decisis*.” STRECK, op. cit., p. 180.

<sup>218</sup> BRASIL, op. cit., nota 141. 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;

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RCL n.º 4.335 do RJ*. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Julgado em: 21 mar. 2014. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.<sup>220</sup>

Apesar do referido julgamento<sup>221</sup>, tal matéria ainda não é pacífica, restando dúvidas até o momento quanto à real mutação constitucional do referido dispositivo constitucional. Contudo, não obstante necessária a citação da dirimência, por não ser imprescindível à análise do eixo central do presente trabalho, não será abordada de maneira peremptória, se houve ou não, a mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88.

Isso porque, mesmo com essa incerteza procedimental, a verdade é que o Supremo Tribunal Federal assim vem atuando, ou seja, entendendo pelo efeito erga omnes de suas decisões proferidas sob a sistemática da repercussão geral. Logo, a extensão da decisão proferida pela Corte pode ser extraída de outros fundamentos.

A sistemática estabelecida pelo incidente da repercussão geral da questão constitucional, ganhou ainda mais força com a teoria dos precedentes prevista no novo pergaminho processual civil, uma vez que por essa teoria, as decisões extraídas do supracitado incidente já possuem por si só efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Isso porque, de acordo com o art. 927, inciso II do Código de Processo Civil, os Juízes e Tribunais devem observar “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.<sup>222</sup>

Como já dito aqui, na sua origem, o controle pela via incidental é difuso e concreto. Sendo deflagrado, perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário, e sendo-lhe aplicada a sistemática da repercussão geral da questão constitucional, que tem como requisito a transcendência da matéria, há a instauração do incidente multicitado, ou seja, tal qual no arguição de inconstitucionalidade do Código de Processo Civil, há uma cisão, havendo, dessa forma, o julgamento em tese, isto é, em abstrato do incidente.

Logo, o controle de constitucionalidade incidental é difuso-concreto na sua origem, e concentrado-abstrato ao seu final, de modo que a decisão proferida no âmbito do incidente encontra-se totalmente dentro dos critérios estabelecidos pelo inciso I, do art. 927 do Código

---

<sup>220</sup> É oportuno citar a crítica da doutrina à respeito de tal tese: “Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art.5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará. STRECK, op. cit., p. 182.

<sup>221</sup> Dessa forma, conclusão teve como eixo que a mutação constitucional não poderia ser estabelecida com o caráter revogador do próprio texto da Constituição o que, representaria uma mutação constitucional inconstitucional. SOUZA NETO et al, op. cit., p. 357.

<sup>222</sup> BRASIL, op. cit., nota 162.

de Processo Civil, uma vez que (i) é proferida pelo Supremo Tribunal Federal; e (ii) em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Noutro norte, conforme diz Lenio Luiz Streck, que é totalmente contra a tese de mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, ao abordar o início do controle de constitucionalidade difuso em terras norte-americanas, não obstante a ausência de previsão explícita no texto constitucional, o *judicial review* foi surgindo e se fortalecendo a partir da prática judicial, iniciada, por sinal, antes do julgamento *Marbury v. Madison*.<sup>223</sup>

Pois é exatamente o que vem ocorrendo em terras brasileiras. Apesar não pacificação acerca da mutação constitucional supracitada, o efeito erga omnes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade incidental, vem sendo acolhido pela referida Corte, e pelos demais Juízes das instâncias superiores. Ou seja, é assim que o Supremo Tribunal Federal vem atuando e aplicando a Constituição. Logo, tal qual nos Estados Unidos, vem sedimentando o procedimento por meio de prática judicial.

Não poderia ser diferente a luz do que foi sistematizado pelo Código de Processo Civil de 2015. Ainda no que se referente à teoria dos precedentes, o art. 927, III do Código de Processo Civil estabelece como precedente os acórdãos de julgamento de recursos extraordinários repetitivos. Ou seja, confere efeito *erga omnes* e vinculante a esses acórdãos. Ora, qual a razoabilidade em manter essa discrepância de tratamento em relação aos demais recursos extraordinários que não têm natureza repetitiva?

De mais a mais, deve ser ressaltado que com o reconhecimento da repercussão geral no bojo do recurso extraordinário – seja ele repetitivo ou não – o art. 1.035, §5º do Código de Processo Civil, determina a suspensão do processamento de todos “os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

Dessa forma, tal como abordado no item anterior, partindo de uma interpretação sistêmica, diante da suspensão prevista no Código de Processo Civil, não haveria a mínima lógica, razoabilidade e proporcionalidade, manter os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal restrita às partes do processo.

Pode-se imaginar a seguinte situação: Admitido um recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, foi determinada a suspensão de todas as demandas que tratam da mesma questão, em todo o território nacional. Um ano após a suspensão, o incidente da questão constitucional da repercussão geral – causa modelo – é julgado. Se for aplicada a literalidade

---

<sup>223</sup> STRECK, op. cit., p. 219.

do art. 52, X do CPC, eventual transcendência dos efeitos dessa decisão ficaria condicionadas a decisão do Senado Federal.

Ou seja, as demandas de todo o Brasil poderiam ficar sobrestadas por um ano, e ao final, não poderiam usufruir dos efeitos da decisão extraída da causa-modelo. Agir procedimentalmente dessa maneira, ocasionaria um verdadeiro caos, e ineficiência na já morosa justiça brasileira.

Por fim, noutro norte, obstar que o Supremo Tribunal conceda efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de julgamento de recurso extraordinário, sob o pretexto de que violaria o art. 52, X da CRFB/88 seria uma interpretação inócua. Isso porque, a Emenda Constitucional nº45/04, também instituiu a súmula vinculante, com a inserção do art. 103-A à Carta Magna. Dessa forma, seria perfeitamente possível a Suprema Corte editar uma súmula vinculante para cada julgamento, caso suas decisões não fossem dotadas de efeitos *erga omnes*.

Dessa forma, sem adentrar ao mérito acerca do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, o que deve ser destacado é que a referida Corte assim vem atuando, o que pode ser fundamentado nos argumentos acima descritos.

### 3. INCONGRUÊNCIAS E TENSÃO POLÍTICA DECORRENTES DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O presente capítulo buscará abordar as incongruências e consequências práticas da supracitada abstrativização do controle de constitucionalidade. Isso porque, apesar do reconhecimento pragmático acerca do julgamento em tese do recurso extraordinário, e da aproximação entre os dois subsistemas de controle de constitucionalidade, ainda existem algumas incoerências na aplicação dos dois subsistemas no momento de se definir quando vai ser adotado determinado procedimento, ou não.

Será trazido à lume a aplicação da modulação dos efeitos no controle “difuso/concreto”, procedimento este, previsto na Lei nº 9.868/99, para julgamento, a princípio, das ações diretas de constitucionalidade.

De mais a mais, também será abordada a distorção acerca da inexistência da atuação do Advogado Geral da União como curador da constitucionalidade, uma vez que apesar de instaurado o incidente da repercussão geral da questão constitucional, passando o julgamento a ser em abstrato, não há um personagem designado para a defesa da constitucionalidade da norma, ao arrepio do que é previsto no julgamento das ações diretas.

Isso deixa evidente, que apesar da proximidade entre os subsistemas, ainda há claras distinções em seus procedimentos, o que diminui a eficiência do controle de higidez da constitucionalidade, deixando presentes distorções desnecessárias, tendo em vista o julgamento em abstrato de ambos os sistemas.

Noutro norte, será adentrado ao aspecto político democrático decorrente da abstrativização supracitada, de maneira a abordar a crise institucional entre o Poder Legislativo e Judiciário, que sempre foi objeto de discussão em virtude da legitimidade para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, as funções das Cortes Constitucionais, e por fim, a democratização do acesso à jurisdição constitucional.

Essa abordagem política tem o fito de atualizar, e dar continuidade ao item acerca do embate de “quem deve ser o guardião da constituição”, na medida em que será trazido à lume julgamentos atuais que suscitam tal indagação novamente.

### 3.1.1. A aplicação da modulação dos efeitos

A decisão que julga procedente um pedido de inconstitucionalidade contido na ação direta tem natureza declaratória. A doutrina entende de maneira pacífica pela eficácia *ex tunc* das decisões dessa natureza, ou seja, declarada a procedente do pedido de inconstitucionalidade, a norma objeto de impugnação é considerada nula de pleno direito desde o seu advento.

Contudo, como sedimentado na Lei das ações diretas, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, diante da possibilidade de insegurança jurídica e, buscando evitar que os jurisdicionados sejam surpreendidos, o art. 27 da Lei nº 9.868 de 1999<sup>224</sup> prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão.

Conforme estabelece o referido dispositivo, tal possibilidade ocorre quando 2/3 dos membros do Tribunal optam por restringir os efeitos da decisão proferida, ou estabelecem um marco temporal específico para que a mesma comece a produzir efeitos.

Sobre o tema, Daniel Amorim Assunção<sup>225</sup> diz:

Como se pode notar da redação do dispositivo legal, em regra, a declaração de inconstitucionalidade continua a ser gerada com a eficácia *ex tunc*, retroagindo à data da promulgação da norma, que desde sempre foi inconstitucional, ou à data em que a circunstância superveniente tornou a norma inconstitucional.

Contudo, de maneira excepcional, atendidos os requisitos do art. 27 da supracitada norma, os efeitos da decisão podem ser modulados de três maneiras<sup>226</sup>:

(a) *ex tunc* restritiva, com uma limitação temporal da retroatividade dos efeitos da declaração; (b) *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado (efeitos prospectivos); e (c) eficácia projetada para o futuro, condicionando-se a geração dos efeitos a um limite temporal escolhido pelo tribunal ou mesmo a um ato a ser praticado supervenientemente (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade).

<sup>224</sup>Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2020.

<sup>225</sup> NEVES, op. cit., 2017, p. 51.

<sup>226</sup> “A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se justifica em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, dependendo da manifestação de maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. A excepcionalidade da decisão judicial de inconstitucionalidade de efeitos limitados ou restritos se presta a preservar relevantes princípios constitucionais, revestidos de superlativa importância sistêmica.” Ibidem.

Na hipótese de a decisão ser omissa quanto à modulação dos efeitos, presume-se a prevalência da regra, ou seja, dos efeitos *ex tunc*. Contudo, tal presunção é relativa, tornando-se absoluta com o trânsito em julgado da demanda, podendo haver a oposição de embargos de declaração para provocação do tribunal, para que se manifeste expressamente sobre a eficácia da declaração de inconstitucionalidade.<sup>227</sup>

Consoante já dito aqui, tal regra é própria do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato, uma vez que está prevista na lei das ações diretas, contudo, na esteira da objetivação da jurisdição constitucional, também vem sendo aplicada nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso, isto é, nas decisões com origem nos incidentes da repercussão geral da questão constitucional.

Neste sentido, há os precedentes do Supremo Tribunal Federal extraídos dos julgamentos dos Recursos Extraordinários n.º 197.917/SP<sup>228</sup> n.º 586.453 SE<sup>229</sup>. Após o julgamento do mérito recursal<sup>230</sup>, a Corte se utilizou da modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da justiça federal do trabalho somente para as execuções das causas onde já se houvesse proferido sentença de mérito. E mais, entendeu a Corte que essa modulação teria como divisor de águas, o julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral da questão constitucional em 20/02/2013.

O referido precedente demonstra nada mais nada menos que um acoplamento estrutural entre os subsistemas de controle de constitucionalidade, na medida em que se utilizou a regra prevista no controle concentrado, para modular os efeitos de uma decisão extraída de um controle difuso na sua origem. Ou seja, tem-se aqui mais um argumento no sentido da abstrativização do controle de constitucionalidade “difuso-concreto”.

De acordo com Teori Albino Zavascki<sup>231</sup>:

A modulação de efeitos das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade é orientação que se observa como tendência no direito comparado, representando, por

<sup>227</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 2.797* do Distrito Federal. Ministro Relator Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Ayres Britto. Julgado em: 16 mai. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>> Acesso em: 16 jun. 2021.

<sup>228</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 197.917* de São Paulo, Ministro Relator Maurício Corrêa. Julgado em: 06/06/2002. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1631538>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

<sup>229</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 586.453*, de Sergipe. Ministra Relatora Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2616941>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

<sup>230</sup> Após o ajuizamento da ação, suscitou-se a questão de qual seria a justiça competente para julgar o pedido, sendo relevante pontuar que a decisão que prevaleceu foi no sentido de firmar a competência da justiça comum para processamento de demandas ajuizadas em face de entidades de previdência, buscando-se o complemento da aposentadoria.

<sup>231</sup> ZAVASCKI, op. cit., p. 71-72.

isso mesmo, mais um significativo ponto de aproximação dos sistemas de controle de inconstitucionalidade. Na Alemanha, como aqui, a inconstitucionalidade da lei é tida como causa de nulidade, tendo, portanto, em princípio, eficácia *ex tunc* a sentença que a declara. Todavia, cumpre ao Tribunal Constitucional estabelecer limites a essa eficácia retroativa. E assim também é na Itália, na Espanha, em Portugal – onde a Constituição é expressa a respeito da matéria (art. 282, n.3) – e nos Estados Unidos: reconhece-se que a inconstitucionalidade é causa de nulidade originária da norma, tendo, portanto, eficácia *ex tunc* a sentença que a declara, o que não significa dizer que, em face de certas circunstâncias excepcionais e em nome de outros valores constitucionalmente relevantes, não se possa manter determinada situação formada inconstitucionalmente.

Todavia, a utilização das regras de maneira uniforme para os dois subsistemas não vem ocorrendo de maneira integral, o que traz à lume algumas distorções entre os subsistemas, como se passará a demonstrar a seguir.

### 3.1.2. A atuação do Advogado-Geral da União como curador da Constitucionalidade

Conforme se extrai do art. 103, §3º da CRFB/88<sup>232</sup>, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Advogado-Geral da União a defesa do ato impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, isto é, o papel de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público. Tal atribuição tem com fundamento a presunção de constitucionalidade das normas impugnadas, sendo obrigatória a presença do Advogado-Geral da União toda vez que estiver em questão a validade de ato praticado ou de texto normativo confrontado pela Constituição. Logo, sua manifestação obrigatória deve ser entendida como verdadeiro requisito de validade no procedimento da ação direta.<sup>233</sup>

Tal procedimento ainda é regulamentado no art. 8º da Lei nº 9.868/1999, que estabelece que após a prestação de informações pelo órgão que produziu a lei, em um prazo sucessivo de 15 dias, devem ser ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.

Não é despiciendo citar que há grande controvérsia sobre a necessidade de posicionamento do Advogado-Geral da União no sentido de impugnar a pretensão do autor, uma vez que não haveria lógica forçar um órgão a defender um norma cristalinamente inconstitucional.<sup>234</sup> O Supremo Tribunal Federal, a princípio, atribuiu ao Advogado-Geral da União uma atuação de curador da presunção de constitucionalidade, sendo sua obrigação, em qualquer hipótese, exercer o contraditório ao impugnar a pretensão autoral.

Sobre o tema<sup>235</sup>:

<sup>232</sup> BRASIL, op. cit., nota 141.

<sup>233</sup> NEVES, op. cit., p. 41.

<sup>234</sup> Ibid.

<sup>235</sup> NEVES, op. cit., p. 41.

Na realidade, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema centra-se na fiel aplicação do art. 103, §3º, da CF, que, sem margens de dúvidas, prevê que caberá ao Advogado-Geral da união a defesa do ato ou do texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade.

O texto constitucional não deixa margens quanto ao efetivo posicionamento do Advogado-Geral da União, apesar de se demonstrar equivocado, tendo em vista o seu comando peremptório que se demonstra inviável em algumas hipóteses – por exemplo, no caso de inconstitucionalidade chapada. Desse modo, sem a existência de modificação no texto constitucional, a atuação do Advogado-Geral da União é de defensor, devendo atuar de forma ativa, no sentido de impugnar a pretensão autoral.

Contudo, há ressalvas a tal entendimento. O próprio Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de o Advogado-Geral da União deixar de defender a constitucionalidade do ato ou norma impugnada, quando o Tribunal já houver se manifestado anteriormente pela declaração de inconstitucionalidade.<sup>236</sup> Outra hipótese de excepcionalidade é quando a norma impugnada colide com cláusula pétrea. Nessa hipótese, de maneira lógica, não há que se falar obrigatoriedade de defesa da norma impugnada.<sup>237</sup>

Outra problemática incoerente versa acerca da manifestação do Advogado-Geral da União no procedimento da ação declaratória de constitucionalidade. O entendimento que prevalece é de que a sua manifestação é dispensada, uma vez que a norma não está sendo impugnada, não havendo por isso, utilidade na atuação do curador da constitucionalidade.

Todavia, deve-se levar em consideração a natureza dúplice das ações diretas, ou seja, se ao final do processo a ação declaratória de constitucionalidade for julgada improcedente, tem-se uma norma considerada inconstitucional por meio do controle concentrado, mas sem a manifestação do Advogado-Geral da União. Logo, a dispensa da manifestação do Advogado-Geral, partindo de uma interpretação teleológica, se mostra temerosa e pouco recomendada, sempre sob o prisma da manutenção da coerência do sistema de controle<sup>238</sup>.

Explicitada a dinâmica e divergências acerca da atuação do Advogado-Geral da União, o que se quer aqui demonstrar é que ao contrário da modulação dos efeitos, a referida sistemática de defesa da constitucionalidade não é utilizada para controle de constitucionalidade

---

<sup>236</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1616*, de Pernambuco. Ministro Relator Maurício Corrêa. Julgado em: 24 mai. 2001. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1674271>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

<sup>237</sup> GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 238.

<sup>238</sup> NEVES, op. cit., p. 97.

deflagrado de forma difusa. Essa dualidade gera a seguinte indagação: Seria a norma impugnada por meio do controle concentrado mais constitucional do que a impugnada pelo controle difuso?

Eduardo e Oliveira Gouvêa<sup>239</sup> diz:

Com efeito, não é crível, salvo melhor juízo, sublinhar como correta a compreensão de que teríamos normas mais constitucionais do que as outras. Isso exatamente pela circunstância de que umas teriam a franquia de serem defendidas pelo curador da constitucionalidade e outras, de menor importância, ficariam no desabrigo da referida perspectiva institucional. Diante da evidência de que as normas constitucionais desfrutam de presunção de constitucionalidade, não se revela merecedor de aplausos o entendimento, até o presente momento, prevaletente de que no subsistema de controle de constitucionalidade implementado por via concentrada, seria o único a contar com tal franquia constitucional de ter um defensor das normas.

Essa dualidade no tratamento entre os subsistemas traz à tona algumas contingências ainda não resolvidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, indo de encontro com a constante evolução e acoplamento entre eles<sup>240</sup>.

A dualidade na aplicação das normas não só entre os subsistemas, mas também entre os procedimentos estabelecidos no controle direto de constitucionalidade, propicia a ideia incorreta de que uma norma pode ser mais constitucional do que a outra, dependendo da forma que a fiscalização deflagrada.

Além disso, partindo da premissa estabelecida no capítulo anterior, de que o exercício do controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, é sempre realizado em abstrato e em tese, não haveria motivo para a manutenção dessa distinção procedimental, devendo para isso, tomar por base o entendimento sobre a modulação dos efeitos, conforme item anterior.

Logo, medida correta aqui, seria a provocação da manifestação do Advogado-Geral da União em todo e qualquer controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, mais especificamente, no deflagrado por meio do recurso extraordinário, em nome do princípio democrático, de um controle de constitucionalidade equilibrado e dialógico, pautando-se, salvo exceção, pela presunção de constitucionalidade.

---

<sup>239</sup> GOUVÊA, op. cit., 2018, p. 237.

<sup>240</sup> “A repercussão da questão constitucional funciona nos ordenamentos jurídicos em que a questão da relevância é reconhecida como um filtro de admissibilidade recursal, admitida como fenômeno da transcendência/relevância, mediante um processo-piloto, de onde se extrai a causa que eu origem a controvérsia. Diante dessa circunstância, a questão suscitada sofre mutação de sua gênese jurídica para o que se denomina de processo-modelo, em que a questão é julgada de forma abstrata e em tese. Na perspectiva que se busca examinar no presente estudo, uma vez que a repercussão geral seja reconhecida, instaurar-se-á um incidente de inconstitucionalidade, que passa a ter existência própria e autônoma daquela causa em que se estabeleceu a sua origem. Nesse ponto se dá o acoplamento estrutural entre os subsistemas de controle de constitucionalidade (...). Contudo, o referido acoplamento produz genuína ancoragem entre o sistema difuso e o sistema concentrado.” Ibid., p. 221.

### 3.1.3. A democratização do acesso à jurisdição constitucional

Com julgamento em tese do recurso extraordinário, mediante a instauração do incidente da repercussão geral da questão constitucional, como estabelecido no segundo capítulo da presente pesquisa, há a irradiação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a decisão tem efeito erga omnes, e vinculante.

Anteriormente ao advento da EC nº 45 de 2004 que criou a repercussão geral da questão constitucional, apenas as decisões extraídas dos julgamentos das ações diretas é que gozavam de efeitos ultra partes. Dessa maneira, as decisões de reconhecimento de inconstitucionalidade prolatadas nos julgamentos dos recursos extraordinários possuíam efeitos apenas endoprocessual, ou seja, a princípio não era obrigatório replicar a demanda em todos os demais processuais existentes no país, salvo quando o Senado Federal entendia pela suspensão da eficácia da norma, na forma do art. 52, X da Constituição Federal.

O efeito pragmático dessa distorção é que o escopo das demandas que chegavam ao Supremo Tribunal Federal, muitas vezes não guardava pertinência com os anseios da sociedade. Ou seja, diversas pautas minoritárias, por exemplo, tinham maior dificuldade serem analisadas pelo referido Tribunal com a possibilidade de que, ao cabo, o seu julgamento, tivesse efeito ultra partes.

A nova sistemática exposta aqui, na qual o recurso extraordinário é admitido pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o preenchimento do requisito de acesso à jurisdição constitucional, qual seja, a repercussão geral da questão constitucional, possibilitou com que diversas pautas fossem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Antes, tais julgamentos teriam somente efeitos intra partes, não sendo obrigatória a sua observância na demais causas julgadas posteriormente. Contudo, sob a nova perspectiva de julgamento, os efeitos do resultado desse julgamento, como já dito, passaram a ter efeitos ultra partes, tal qual, as decisões proferidas nas ações diretas.

Apesar de o escopo da repercussão geral ser de uma jurisprudência defensiva, com o passar do tempo, e com a evolução na sistemática de julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, teve o efeito pragmático de estabelecer uma certa paridade - que ainda não é completa, como exposto no início desse capítulo - entre os sistemas de controles vigentes, e efetivar um maior acesso à jurisdição constitucional. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal passou a apreciar recursos extraordinários com origem em demandas propostas por cidadãos comuns, estabelecendo efeitos erga omnes e vinculantes ao resultado desses julgamentos.

Isso fez com que as demandas com o objeto com maior pertinência com os anseios e demandas da sociedade, passassem a ser analisadas sob uma análise macro, promovendo além do maior acesso à jurisdição constitucional, a consequente maior proteção dos direitos individuais e fundamentais, e também a economicidade processual – corolário da duração razoável do processo - tendo em vista a irradiação da decisão prolatada no bojo do incidente de repercussão geral da questão constitucional.

Um grande exemplo disso é o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721<sup>241</sup> e n.º 878.694<sup>242</sup>, onde o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade da diferenciação entre companheiro e cônjuge para fins de direito sucessório conforme era estabelecido no Código Civil. De acordo com o julgamento, tal entendimento estaria superado, uma vez que levava em consideração dogmas do século passado, onde se inferiorizava as famílias que não se enquadravam no conceito de tradicional.

Difícilmente tal demanda seria colocada em pauta no Supremo Tribunal Federal por provação dos legitimados estabelecidos na Constituição Federal, que na sua maioria são dotados de pensamentos conservadores, e muitas vezes até preconceituosos.

Outro julgado que demonstra que a nova sistemática de julgamento no controle difuso foi uma evolução sistêmica é o RE nº 603.583/09, proposto por um Bacharel de Direito, em face do Conselho Federal da OAB e da União, questionando a obrigatoriedade da aprovação do exame para o exercício da profissão.

O recurso não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu que apesar da proteção constitucional à liberdade de ofício, na medida em que um labor profissional transcende os interesses individuais, afetando também a coletividade, é autorizado ao Estado limitar o acesso a esse exercício em detrimento do interesse coletivo presente.

Já no Recurso Extraordinário n.º 591.054, o Supremo Tribunal Federal entendeu como inconstitucional a interpretação legislativa que possibilitava a consideração de inquiridos e processos penais em curso como maus antecedentes para fins de agravamento da pena. Nesse julgamento, foi conferida uma interpretação conforme a constituição do art. 59 do Código Penal, no sentido de prestigiar a presunção de inocência.

---

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Re nº 646.721*. Ministro Relator: Marco Aurélio. Julgado em: 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 878.694*. Ministro Relator: Roberto Barroso. Julgado em: 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

Essas causas, extraídas de demandas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, por meio da sistemática aqui exposta demonstra o aumento do acesso à jurisdição constitucional, na medida em que aumenta a possibilidade de alcance do poder decisório da Suprema Corte no que tange a apreciação e efetivação de direitos fundamentais eventualmente violados.

### 3.2. As funções da Suprema Corte

Estabelecida a premissa, no capítulo anterior, de que o julgamento do recurso extraordinário é sempre feito em tese pelo Supremo Tribunal Federal, é mister trazer à baila as funções a serem exercidas pelas Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais. Eles surgiram com o objetivo de proteger a constituição, fazendo valer o seu texto, diante de violações praticadas por outros Poderes, ou mesmo por particulares.

Com a grande judicialização de questões atuais da sociedade, incluindo nesse âmbito, as políticas públicas, é notória, como já citado acima, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal nas decisões que determinam, e muitas vezes, ditam o rumo da sociedade brasileira.

Dessa forma, além de precipuamente ter a função de proteger a Constituição, de acordo com Luís Roberto Barroso<sup>243</sup>, as Cortes Constitucionais, ao menos potencialmente, ao exercerem tal comando, possuem três papéis, quais sejam, o contramajoritário, o representativo e o de vanguarda iluminista.

O papel contramajoritário<sup>244</sup> traz o verdadeiro significado de existência do controle de constitucionalidade. Ele consiste no poder que as Cortes têm de invalidar leis e atos normativos, de iniciativa tanto do Legislativo quanto do Executivo, ou seja, elaboradas e aprovadas por representantes democraticamente eleitos.<sup>245</sup>

De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>246</sup>:

<sup>243</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, nº 69, p. 240, jun. 2015.

<sup>244</sup> “No contexto contemporânea, a importância dessa função decorre do fato de que, a partir dela, conclui-se que o voto majoritário não autoriza o mandatário a atuar de forma arbitrária contra minorias e adversários nem ameaçar a autonomia das instituições. Assim, não subsiste eventual alegação de que o líder fora eleito pelo povo e, por isso, tem legitimidade para atuar em conformidade com o seu projeto autoritário. A dimensão procedimental e substancial da democracia constituem âmbito material protegido contra eventuais maiorias transitórias que pretendem enfraquece-lo”. CUNHA, Beatriz Carvalho de Araujo. Jurisdição Constitucional em tempos de crise: Equilibrando-se entre a contenção do autoritarismo e o risco do empacotamento. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro -PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 4 n. 2, mai/ago. 2021. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso\\_especializacao/direitopublicoeprivado/2021/caderno-de-normas-ABNT-EMERJ-julho-2021.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/direitopublicoeprivado/2021/caderno-de-normas-ABNT-EMERJ-julho-2021.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2021.

<sup>245</sup> “A possibilidade de juizes não eleitos sobrepor a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária” BICKEL apud ibidem.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 144.

Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam voto popular, podem sobrepor a as interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”.

Tal função guarda total relação com a já multicitada existência de legitimidade para a invalidação de normas aprovadas pelo povo, por meio de seus representantes, o que também é consequência do sistema de freios e contrapesos. Contudo, não obstante à existência de visões divergentes quanto ao tema, hoje, pela doutrina, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais superiores, para proteção de direitos tidos como fundamentais, e das regras do jogo democrático.

Por ser uma decisão que desagrada a maioria da população, ou seja, prestigia outras regras-normas e regra-princípios em detrimento do princípio democrático, geram um grande descontentamento social da opinião pública. Sobre o tema, Lenio Luiz Strack diz: “As supremas cortes são remédios contra maiorias. Quando acertam, descontentam muita gente. Às vezes elas erram, mas isso não justifica reações violentas. Algumas redes sociais, grupos de *WhatsApp*, são quase células terroristas de ignorância artificial”<sup>247</sup>. Por isso, ele acrescenta: “Quanto mais vaias ao Supremo, mais ele tem acertado”<sup>248</sup>.

Sobre o desenvolvimento desse papel não é despidendo citar<sup>249</sup>:

A política, realizada nas instâncias representativas, move-se por outra lógica que não a constitucional. A Constituição é um limite externo para a política e não um norte para a sua atuação. Esse limite tem como guardião o Poder Judiciário – especialmente as supremas cortes ou tribunais constitucionais – que estaria, por assim dizer, “fora” da política.

Logo, a invalidação de normas editadas, em regra, pelo Poder Legislativo, que fora legitimamente eleito de forma democrática não deve ser tida como incoerente no âmbito do Estado Democrático de Direito. Isso porque, como é de trivial sabença, nenhuma norma constitucional tem hierarquia formal sobre a outra, havendo tão somente uma sobreposição axiológica entre determinadas normas. Por isso, o princípio democrático não pode ser visto, nem interpretado de maneira absoluta.

---

<sup>247</sup> STRECK, Lenio Luiz. In: *Seminário Política, Democracia e Justiça*, 2019, Câmara dos Deputados, Brasília. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-26/quanto-vaias-supremo-ele-acertado-streck>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>248</sup> Ibidem.

<sup>249</sup> SOUZA NETO et al, op. cit., p. 240.

Ou seja, há valores constitucionais permanentes que não podem ficar à mercê da vontade da maioria, de modo que o próprio texto constitucional confere às Supremas Cortes, e no caso do Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, a função de guardião contra o risco de tirania das maiorias<sup>250</sup>. Há uma constante evolução no conceito de democracia, de modo que transcende a ideia de governo da maioria, devendo a atuação governamental, incorporar e proteger no âmbito de sua atuação, outros valores constitucionais permanentes. Sobre o tema:

Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma verdadeiramente em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás.

Dessa forma, os que foram vencidos no processo eleitoral, não estão desamparados e nem totalmente entregues à vontade das maiorias, sendo o texto constitucional, não só um norte, mas também um limite para a atuação política, a qual não poderá violar valores constitucionais permanentes atinentes aos direitos fundamentais, e às regras do jogo democrático.

Na maioria dos países, a atribuição de defesa das minorias é conferida à suprema corte ou tribunal constitucional, com o fundamento de que nesse ambiente há discussões principiológicas, e não políticas, além disso, seus membros não dependem de processo eleitoral para exercício da função. Aqui não é despiciendo fazer um link com o primeiro capítulo da presente pesquisa, onde foi abordada a questão do guardião da constituição. Naquela oportunidade, analisando os ensinamentos de Carl Schmitt, restou demonstrado que para ele, o Chefe do Executivo seria a autoridade mais apropriada para o exercício da função de guardião da constituição, e por consequência, de defensor dos valores constitucionais permanentes, sob o fundamento de que estaria blindado de influências políticas e de vetores sociais.

Contudo, o referido entendimento vai totalmente de encontro com a função contramajoritária aqui comentada, chegando ao ponto de inviabilizá-la, uma vez que, eleito o Chefe do Executivo por meio do voto da maioria no processo político, dificilmente ele iria de encontro com a vontade dos que o elegeram. Em outras palavras, estaria completamente permeado pelos vetores sociais que lhe concederam o exercício daquela função.

Logo, a Suprema Corte, sob o prisma contramajoritário, é o agente institucional mais apropriado para o exercício da função em comento, devendo atuar somente quando violados direitos fundamentais e pressupostos do jogo democrático, ao passo que nas hipóteses em que

---

<sup>250</sup> BARROSO, op. cit., 2015, p. 144-145.

não estejam em jogo tais valores, deve haver uma deferência à liberdade de conformação do legislador, e discricionariedade do administrador.<sup>251</sup>

Em relação a função representativa, deve-se levar em consideração a evolução do conceito de democracia, que não se trata mais somente da formalidade do processo político onde se prevalece a vontade da maioria. A democracia deve ser verificada por três prismas, quais sejam, o representativo, constitucional e o deliberativo.

O representativo tem como essência o voto popular que confere aos representantes do povo, membros do congresso e chefe do poder executivo, a função de representar-lhes durante um mandato pré-estabelecido. Já a democracia deliberativa, tem como protagonista a sociedade civil, em seus mais variados segmentos, ela tem como seu cerne a troca de ideias, e o oferecimento de razões. Ela também se materializa no âmbito do Judiciário, uma vez que a motivação e argumentação são elementos essenciais para a legitimação das decisões judiciais, o que foi objeto de preocupação e prestígio do constituinte ao estabelecer no art. 93, X da CRFB/88, que todas as decisões judiciais devem ser motivadas.

Por fim, e com destaque, o prisma constitucional da democracia tem como norte a observância e respeito aos direitos fundamentais, que devem ser protegidos, por meio da atuação contramajoritária, até contra a vontade eventual das maiorias políticas. Como já supracitado, o protetor de tal valor constitucional permanente é a Suprema Corte, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal.

Feita a abordagem acerca das dimensões da democracia contemporânea, Luís Roberto Barroso<sup>252</sup> diz:

Não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.

Isso porque, mesmo sendo eleitos pelo povo, nem sempre, ou melhor, na maioria das vezes, o congresso ou parlamento não representa a vontade da maioria popular. Dessa forma, a premissa da doutrina contramajoritária de que as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais seriam expressão da vontade majoritária não, é verdade.

Há atualmente um deslocamento do estudo da “doutrina contramajoritária” para o déficit democrático da representação política, tendo em vista que, atualmente, apesar de não

---

<sup>251</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 146.

ocuparem os cargos por meio de votos – na maioria dos países, com exceção dos Estados Unidos onde a escolha tem uma seara mais política -, as Supremas Costas têm realizados julgamentos que culminam com decisões que vão de encontro com os anseios da maioria, mas que não foram objeto de deliberação do parlamento/congresso por motivos estranhos à democracia representativa.

Sendo assim, a Suprema Corte é um representante argumentativo da sociedade, conceito este desenvolvido por Robert Alexy, sendo esta a única forma de conciliar a jurisdição constitucional com a democracia, e a representação popular.<sup>253</sup>

Por fim, o terceiro e último papel, é o de vanguarda iluminista. Tal nomenclatura faz referência ao movimento filosófico<sup>254</sup> que surgiu ao longo do século XVIII, na França<sup>255</sup>. Tal movimento buscou separar a razão da fé, e dos dogmas da teologia cristã, ou seja, a razão passou a ser o centro para a explicação de todos os fatos na sociedade.

O referido movimento entendia que os dogmas religiosos e o misticismo, então predominantes tendo em vista a influência da igreja na formação da sociedade, deveriam ser preteridos em favor do pensamento racional. Luís Roberto Barroso afirma: “Nesse ambiente, cresce o ideal de conhecimento e de liberdade, com a difusão de valores como a limitação do poder, a tolerância religiosa, a existência de direitos naturais inalienáveis e o emprego do método científico, entre outros.”<sup>256</sup>

Nesse sentido, o movimento filosófico em comento serviu de base para a ocorrência das revoluções liberais, que foram, na verdade, uma incubadora para as sociedades contemporâneas que perduram até hoje. Isso porque tais movimentos têm como premissas entendimentos que são defendidos e tidos como corretos atualmente, quais sejam, a razão humanística<sup>257</sup>, os direitos naturais inalienáveis à condição humana, a separação entre Estado e religião<sup>258</sup> e o avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas.

---

<sup>253</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>254</sup> “Foi o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados Nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica.” Ibidem, p. 152.

<sup>255</sup> MELLO, Vico Denis de. *O Pensamento Iluminista e o Desencantamento do Mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático*. Disponível em: <<http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/O%20Pensamento%20Iluminista%20e%20o%20Desencantamento%20do%20Mundo.pdf>> Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>256</sup> BARROSO, op. cit., 2015, p. 153.

<sup>257</sup> “Montesquieu buscava tentar explicar as leis e instituições humanas, sua permanência e evolução, através de leis da ciência política. Ou seja, tirava as leis de uma ordem natural, emanadas de Deus e imutáveis, para afirmar que é uma formulação humana, rompendo com a tradicional submissão da política à teologia.” MELLO, op. cit.

<sup>258</sup> “Nesse sentido, podemos afirmar que o iluminismo teve sua primeira expressão teórica, mais concentrada, em fins do século XVII, com o inglês John Locke – considerado o pai do liberalismo –, preocupado em “modificar” a concepção de súditos da coroa britânica para cidadãos. Defenderia a liberdade e a tolerância religiosa, além de fundar o empirismo – o qual todo pensamento deriva de alguma experiência.” Ibidem.

A função iluminista consiste<sup>259</sup>:

Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população.

Com o liberalismo político, e a conseqüente limitação de poder do Estado, as sociedades democráticas procuraram unir no mesmo documento a vontade majoritária e razão iluminista, denominando este documento de Constituição. De maneira lógica, a vontade majoritária consubstanciada nas normas constitucionais tem origem no processo político democrático, que elegem os seus representantes para ocuparem cargos no Congresso/Parlamento, e no Poder Executivo. Contudo, de acordo com Luís Roberto Barroso, “vez ou outra, no entanto, é preciso acender as luzes na escuridão, e submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história.”<sup>260</sup>

Ou seja, em determinadas situações, cabe à Suprema Corte promover o avanço social, sendo a decisão iluminista uma decisão que não corresponde à vontade do Congresso, nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas que é dotada de justiça, legitimidade, e tida como correta.

Há algumas decisões ao longo da história que demonstram o exercício de tal função pelas Supremas Cortes. Nos Estados Unidos há sempre a lembrança acerca do caso *Brown v. Board of Education*, em que a Corte considerou uma intrínseca desigualdade na imposição de escolas separadas para negros e brancos. Dessa forma, restou entendido que haveria uma violação da 14ª Emenda, que confere a igualdade de todos perante a lei.<sup>261</sup>

O caráter iluminista dessa decisão se manifesta na superação o senso comum majoritário em relação à segregação racial estabelecida e praticada em terras norte-americanas àquela época, e serviu como um avanço do movimento que lutou, e ao fim, conseguiu a igualdade nos direitos civis.

---

<sup>259</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>261</sup> “A decisão enfatizou a importância da educação nas sociedades modernas e afirmou que a segregação trazia para as crianças negras um sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade. E, baseando-se em estudos de ciências sociais, concluiu que a segregação trazia significativas desvantagens psicológicas e sociais para as crianças negras.” Ibidem, p. 154-155.

Vale ressaltar que a mera decisão judicial de natureza iluminista, por si só, não significa que haverá o avanço social na realidade<sup>262</sup>. Por exemplo, no referido caso *Brown v. Board of Educacion*, julgado em 1954, a luta pelos direitos civis perdurou ainda por muitos anos, sendo destaque o evento denominado de Marcha Sobre Washington, celebrado em 28 de agosto de 1963, que reuniu 250 mil pessoas. Ou seja, o que se quer aqui demonstrar é que mais de 10 anos após a decisão da Suprema Corte, tal avanço logrado no âmbito judicial, ainda não havia migrado para a sociedade, tendo em vista a referida manifestação.

Sobre isso<sup>263</sup>:

A verdade, porém, é que mesmo decisões iluministas, capazes de superar bloqueios institucionais e empurrar a história, precisam ser seguidas de um esforço de persuasão, de convencimento reacional. Os derrotados nos processos judiciais que envolvam questões políticas não devem ter os seus sentimentos e preocupações ignorados ou desprezados. Portanto, os vencedores, sem arrogância, devem continuar a expor com boa-fé, racionalidade e transparência suas motivações. Devem procurar ganhar, politicamente, o que obtiveram em juízo.

No âmbito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já proferiu diversas decisões que podem ser consideradas de natureza iluminista, ou seja, que no exercício da função de agente da história. Nesse sentido, pede ser citados aqui o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, e a incidência do regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas. Tal julgamento teve como fundamento a proteção constitucional à entidade familiar, e o direito de não discriminação.<sup>264</sup>

Além disso, o referido Tribunal também julgou ação direta na qual foi reputada inconstitucional norma que regulamentava a manifestação cultural denominada de vaquejada. A longeva manifestação, típica do nordeste do Brasil, consiste na montada de cavalo por dois vaqueiros, que têm como objetivo derrubar o touro em uma área predeterminada. A razão para a declaração de inconstitucionalidade foi o tratamento cruel conferido aos animais participantes, o que em tese, é inerente à atividade, o que é vedado pela Constituição Federal.<sup>265</sup>

---

<sup>262</sup> Um exemplo disso é o caso *Furman v. Georgia*, de 1972, em que a Suprema Corte entendeu por ser inconstitucional a pena de morte. Contudo, posteriormente, em 1976, a maioria dos Estados aprovou novas leis sobre pena de morte, superando o julgamento da Suprema Corte. *Ibidem*, p. 158.

<sup>263</sup> *Ibidem*., p. 157-158.

<sup>264</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*, do Distrito Federal, Ministro Relator Ayres Brito. Julgado em 14 out. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>265</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4983*, do Ceará. Ministro Relator Marco Aurélio. Julgado em: 16 dez. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

O referido julgamento ganhou grande destaque, uma vez que tal matéria foi objeto de reação legislativa por parte do Congresso Nacional, o que é denominado de diálogo institucional. Por meio de elaboração de Emenda Constitucional, de n.º 96 de 6 de junho 2017<sup>266</sup>, o Congresso Nacional tornou legal, novamente, a prática da manifestação cultural em comento, legitimando assim, a atividade já considerada cruel pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, também foi declarada a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, no HC n.º 124.306<sup>267</sup>, com fincas nos direitos sexuais, reprodutivos, à integridade física, e a igualdade das mulheres.

Essa decisão é uma grande demonstração do quão sensível e perigosa é a função iluminista. Isso porque, tal demanda, nem de perto, é possível de aprovação pelo Congresso Nacional e, a princípio, também não seria uma demanda social das maiorias. Por isso, são decisões como essa que suscitam uma maior responsabilidade de exposição das suas razões, ou seja, de maior fundamentação, além de ser exigível um maior debate, no âmbito do julgamento da demanda, com a sociedade civil, conferido assim maior legitimidade à decisão proferida, e prestigiando o controle de constitucionalidade deliberativo.

A abordagem das funções do Supremo Tribunal Federal para além do singelo controle de constitucionalidade, se mostra aqui importante, o exercício de tais funções ganha cada vez mais potencialidade, e viabilidade com o julgamento em tese do recurso extraordinário, e com a aplicação *erga omnes* do julgamento proferido no bojo do incidente de repercussão geral da questão constitucional. Isso gera também, mais uma vez, a crítica acerca da legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista o latente movimento de judicialização.

A discussão acerca da legitimidade, e dos benefícios acerca da atuação das Cortes Constitucionais no exercício da função iluminista é crescente, tendo em vista o a crise de representatividade dos demais poderes. Sobre as consequências dessas intervenções<sup>268</sup>:

A realização de justiça, como qualquer empreendimento sob o céu, está sujeita a falhas humanas e a acidentes. Por vezes, em lugar de conter a violência, e ser instrumento de razão e assegurar direitos fundamentais, tribunais podem eventualmente fracassar no cumprimento de seus propósitos.

De mais a mais, deve ser ressaltado que cada função deve ser utilizada de maneira correta, nas suas hipóteses ensejadoras. Logo, por exemplo, caso o Tribunal atue de maneira

---

<sup>266</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 96*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm)> Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>267</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 124306*, do Rio de Janeiro. Ministro Relator Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em: 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>268</sup> BARROSO, op. cit., 2015, p. 158.

contramajoritária, em hipótese em que não há violação a direitos fundamentais, e nem de regras do jogo democrático, sua atuação seria ilegítima, uma vez que, nessa hipótese deveria guardar deferência ao livre espaço de conformação do legislador, ou à discricionariedade do administrador público.

Além disso, deve ser dado destaque à medida da atuação:

Cada um dos papéis pode padecer de vício da desmedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do judiciário; papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história.

Expostas e conceituadas as funções das Supremas Cortes no constitucionalismo contemporâneo, como já dito aqui, tal atuação se faz cada vez mais necessária diante da crise representativa, o que coloca os tribunais cada vez mais em protagonismo, e por vezes, mais suscetíveis a erros, o que provoca uma tensão institucional, tendo em vista decisões judiciais que muitas vezes são encaradas como manifestação de ativismo judicial.

### **3.3. A crise política e o ativismo judicial**

Sem dúvida alguma, a abstrativização do Controle de Constitucionalidade conferiu ainda mais protagonismo ao Poder Judiciário, o que torna necessária uma reflexão imprescindível no sentido de abordar as suas causas, e consequências. Como já dito no presente trabalho, o estudo da legitimidade do Poder Judiciário para invalidar atos normativos emanados de representantes democraticamente eleitos, ainda é objeto de grande discussão na sociedade. Contudo, há um constante deslocamento do foco para o estudo da crise da representatividade.

A crise de representatividade decorre do sentimento, cada vez maior, de distanciamento entre os representantes eleitos, e os cidadãos. Isso ocorre porque os interesses perseguidos por eles muitas vezes são antagônicos, uma vez que o parlamentar depois de eleito se sente livre para tomar decisões ao seu bel-prazer, sem de fato representar que lhe elegeu.

Dessa forma, descumprimentos de programas, declínio de setores sociais, crise dos grandes discursos de legitimação, influências das grandes mídias<sup>269</sup>, e captura pelo mercado

---

<sup>269</sup> O poder fundado nas organizações populares e na mobilização, reforçando o poder associado à técnica, ao conhecimento, à informação e aos recursos econômicos. Também o pós-modernismo e o neoliberalismo introduzem uma crise cultural que gera uma orientação crescente ao individualismo, (...) a reclusão, a

fazem com que a representatividade, e por conseguinte, a legitimidade dos eleitos seja questionada.<sup>270</sup>

Outro fato importante – e que é a principal causa no cenário brasileiro - responsável pela derrocada da classe política é a corrupção, seguida da recorrente impunidade. Isso gera um constante desprestígio da classe política, que diante de tantos escândalos, e condutas incompetentes, são, ao cabo, responsabilizados pela ampliação da pobreza de grande parcela da população, tendo em vista a inoperância em atender anseios e demandas de jaez social.

Como não existe vácuo de poder, e diante do caráter analítico da Constituição vigente, no Brasil, o Poder Judiciário, no exercício de suas funções aqui já abordadas, vem ocupando o lugar dos outros Poderes, no sentido de efetivar demandas sociais não atendidas por eles.

Sobre o tema<sup>271</sup>:

Estes passaram a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Essas alterações foram impulsionadas pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas (crise do Positivismo Jurídico), pela delegação e/ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias (como, por exemplo, a criação dos conselhos da magistratura), pela crescente pressão da sociedade civil e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

Contudo, não é despendioso citar que a centralidade das decisões judiciais não é algo isolado ou peculiar somente ao Brasil. Esse fenômeno já ocorreu, ou vem ocorrendo em outras partes do mundo, em épocas diversas, nas quais as Cortes Constitucionais ficaram em destaque ao tomarem determinadas decisões, sendo por isso, consideradas protagonistas da sua história ao efetivarem implementações de políticas públicas, ou determinadas escolhas de cunho moral referente à assuntos controvertidos na sociedade.<sup>272</sup>

Sobre o tema<sup>273</sup>:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem

---

desestruturação da tessitura social e o debilitamento de orientações à participação. DELGADO apud WOLKMER, Antonio Carlos. *Do Paradigma Político Da Representação à Democracia Participativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818464.pdf>> Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>270</sup> Ibidem.

<sup>271</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociológica Política*, Curitiba, nº 23, p. 115-126, nov. 2004.

<sup>272</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 14 jun. 2021.

<sup>273</sup> Ibidem.

desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Beatriz Carvalho de Araujo Cunha<sup>274</sup> traz algumas causas para a dominação progressiva da produção de políticas públicas pelo Poder Judiciário:

De certa forma, o fenômeno pode ser atribuído à terceira onda de democratização, iniciada no final dos anos 70, que culminou com a disseminação de cortes constitucionais especializadas em todo o mundo e com a ampla expansão dos poderes dos tribunais. Como produto desse processo, o controle de constitucionalidade consolidou-se como importante instrumento para defesa da democracia, à medida que permite que se assegurem os direitos das minorias contra as maiorias legislativas. Mas, foi além: a judicial review serviu como uma espécie de catalisador para expansão dos poderes conferidos aos tribunais constitucionais. Assim, ampliou-se o leque de medidas de proteção à democracia postas à disposição das cortes, como, por exemplo, supervisionar e certificar eleições; conduzir processos de impeachment; regular partidos políticos; e aprovar declarações de estados de emergência. Os tribunais tornaram-se, segundo Ginsburg e Huq, os “canivetes suíços do desenho constitucional”

No Brasil<sup>275</sup>, essa Judicialização tem algumas causas a serem apontadas. A primeira delas foi a redemocratização do Brasil<sup>276</sup>, que teve como ápice a promulgação da Constituição de 1988. Como exposto no primeiro capítulo, durante o período militar houve uma grande perda de autonomia e independência do Poder Judiciário, de modo que, com a recuperação das garantias da magistratura, esse Poder se transformou – e foi transformado – em “verdadeiro poder político”, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> CUNHA, op. cit.

<sup>275</sup> “Especificamente no Brasil, a Constituição de 1988 apresenta condições políticas favoráveis à expansão do Judiciário, por ter inaugurado o Estado Democrático de Direito, revendo regras básicas do jogo democrático e um catálogo de direitos fundamentais; e por ter adotado arranjo que promove forte fragmentação do poder político e, por consequência, conflitos institucionais. Lado outro, as condições institucionais da Carta também favorecem a judicialização da política, notadamente o seu vasto catálogo de direitos; a atribuição de competências superlativas ao STF; a constitucionalização abrangente; e as normas referentes ao controle de constitucionalidade. No que toca a esse segundo ponto, têm-se como fatores relevantes para aceleração desse processo: a ampliação do número de legitimados e do rol de atos impugnáveis nas ações diretas de inconstitucionalidade; além dos efeitos erga omnes e vinculantes.” Ibidem.

<sup>276</sup> Com o fim da ditadura militar no Brasil em 1985, tendo em vista as inúmeras violações aos direitos humanos cometidas nesse período, foi de grande preocupação do Poder Constituinte a proteção dos direitos individuais e fundamentais. Isso fica cristalino quando se analisa o rol de direitos fundamentais previstos no texto constitucional de 1988. Ou seja, foram inseridos diversos direitos individuais e fundamentais na Constituição com o fim de conferir maior proteção a eles. SILVA, Sergio da. *Será que a ditadura militar foi apenas militar?* Entenda por que esse termo é insuficiente. Disponível em: <<https://voyager1.net/historia/enem-ditadura-civil-militar/>> Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>277</sup> Ibidem.

Outra causa apontada por Luís Roberto Barroso<sup>278</sup> foi a constitucionalização abrangente, ou seja, inúmeras matérias que anteriormente era deixadas para o livre espaço de conformação do legislador ordinário, passaram a ser tratadas no texto constitucional. Dessa forma, com a constitucionalização de todo o direito, e a irradiação dos direitos fundamentais em terras brasileiras – diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos<sup>279</sup> – passou a ser possível, perante o Judiciário, a pretensão e concessão de diversos direitos, que antes eram possíveis de serem ceifados ou renegados pelo legislador ordinário.

A última causa apontada pelo já multicitado autor é o sistema brasileiro de controle de Constitucionalidade. Como já exposto, o Brasil adotou o controle misto de constitucionalidade, combinando aspectos do sistema americano e europeu.<sup>280</sup> Logo, há uma maior abrangência do que pode ser objeto de controle pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse aspecto é mister fazer uma reflexão.

Isso porque, tal abrangência de possibilidade de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal foi potencializada com o advento da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 que, como já exposto aqui, criou a repercussão geral da questão constitucional. Esse pressuposto de acesso à jurisdição constitucional, no início teve o espectro de jurisprudência defensiva, buscando diminuir o grande número de recursos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, de maneira pragmática, trouxe também um viés de viabilidade de julgamento de causas que dificilmente seriam pautadas pelos legitimados das ações diretas, o que conferiu maior efetividade e abrangência nos efeitos das decisões, tendo em vista a nova dinâmica de julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa consequência colocou o Supremo Tribunal Federal ainda mais em destaque, decidindo em diversos momentos, ao ser provocado, os rumos das políticas públicas do país. Nessa seara, surge a colocação de que o Tribunal esteja atuando com ativismo, alguns são mais ousados, e falam até em ditadura da toga.<sup>281</sup>

Contudo, vale aqui fazer uma distinção: Judicialização e ativismo judicial não têm o mesmo conceito. Aquela, deve ser encarada como uma “uma circunstância que decorre do

---

<sup>278</sup> BARROSO, op. cit., nota 268.

<sup>279</sup> Enquanto aqui houve a horizontalização na aplicação e incidência dos direitos fundamentais, em regra, em terras norte-americanas tais direitos só podem ser invocados em face do Estado. Contudo, tal regra vem sendo excepcionada em determinados casos. DUARTE, Hugo Garcez. *Reflexões sobre o direito civil constitucional e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/reflexoes-sobre-o-direito-civil-constitucional-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>280</sup> BARROSO, op. cit., nota 268.

<sup>281</sup> Sobre o tema: NEVES, Pedro. *Que falta faz o Rui!* Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/312249/que-falta-faz-o-rui>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política<sup>282</sup>”. Ou seja, nessa hipótese, o Judiciário atua e efetiva determinado direito, pois não tem outra alternativa, uma vez que se há uma previsão constitucional, onde se é possível deduzir uma pretensão de jaez objetiva, ou subjetiva, cabe ao Juiz, somente, decidir a matéria efetivando o direito consubstanciado.

Já o ativismo judicial está associado a uma atuação do Poder Judiciário no sentido de concretizar valores e objetivos constitucionais, atuando assim, com uma maior interferência e limitação no espaço de livre conformação dos outros poderes.

Segundo a doutrina<sup>283</sup>:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Vanice Regina Lírio do Valle<sup>284</sup> conceitua da seguinte maneira:

Um conjunto de categorias jurídicas, novas ou conhecidas, que na sua delimitação original ou com fronteiras refixadas, vêm se apresentando como parâmetros teóricos a justificar uma tendência expansionista dos poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal. Uma vez mais, a estratégia é efetivar um sistema de controle de constitucionalidade que não descarte o raciocínio empreendido pela corte e, portanto, não perca o conhecimento já adquirido e adapte e atualize os conceitos, nos termos da nova realidade.

Dessa forma, o viés ativista<sup>285</sup> se manifesta quando o Supremo Tribunal Federal aplica a Constituição de maneira direta a hipóteses não prevista em seu texto, independentemente de autorização ou manifestação do legislador ordinário. Outra forma de manifestação ocorre quando há a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos elaborados por outro poder, com fundamentos menos rígidos, e sem a caracterização de violação clara à Constituição. Por fim, outra conduta que manifesta o viés ativista é quando o Poder Judiciário impõe ao Poder Público condutas e abstenções para a melhor implementação de políticas públicas.<sup>286</sup>

---

<sup>282</sup> BARROSO, op. cit., nota 268.

<sup>283</sup> Ibidem.

<sup>284</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009, p. 59

<sup>285</sup> Não é despidendo citar que até a Constituição de 1988, e a renovação das cadeiras do Supremo Tribunal Federal, a postura dos seus Ministros era de autocontenção, que se caracteriza quando a Corte evita aplicar diretamente a Constituição casos que não esteja no seu escopo de incidência expressa, de modo que o direito contido nessa norma só será efetivado após a manifestação do legislador ordinário, além disso esse viés utiliza critérios mais rígidos no momento de realização da fiscalização da higidez constitucional, e por fim, não interfere na implementação de políticas públicas.

<sup>286</sup> BARROSO, op. cit., nota 268.

Fica claro que o ativismo judicial busca sempre potencializar os direitos consubstanciados no texto constitucional, mas, deve de maneira rigorosa, respeitar o campo de criação livre do direito. Ou seja, interpretar as normas infraconstitucionais conforme os ditames e valores da Constituição e, no caso de omissão do legislador infraconstitucional, efetivar os direitos individuais e fundamentais previstos no texto constitucional.

Apesar das críticas ao movimento ativista do Poder Judiciário, ele se faz necessário tendo em vista as diversas omissões contidas na legislação. Muitas das vezes, a norma se torna – ou a interpretação conferida a ela – desatualizada, e por isso ineficaz, de modo que não cumpre a sua devida finalidade de proteger e efetivar os valores e objetivos constitucionais. Contudo, tal poder deve ser visto e exercido com grande responsabilidade e limitação. Ou seja, os Ministros devem observar, de maneira restrita, as funções a serem exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, quais seja, contramajoritária, representativa e iluminista, de modo que a postura a ativista só se manifeste nas restritas hipóteses de exercício dessas funções.

Caso assim não o faça, haveria uma verdadeira violação à Separação de Poderes, assim como ao art. 45 e 46 e 59 da Constituição Federal, onde está previsto que o Poder Legislativo é o responsável pela elaboração de leis, não sendo essa a função precípua do Poder Judiciário, que tem como escopo principal, interpretar a lei sem invadir o livre espaço de conformação do legislador.

Sobre tema<sup>287</sup>:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador respeitando a presunção de validade das leis; c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (isto é, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Logo, apesar de Constituição ser a conjugação entre direito e política, não deve ocorrer a politização da justiça, de modo que caso não exista nenhuma das hipóteses de cabimento de exercício das funções supracitadas, o Supremo Tribunal Federal deve ser deferente às deliberações do Congresso, uma vez que é dever da lei, votada pelo Congresso

---

<sup>287</sup> Ibidem.

democraticamente eleito, fazer as escolhas políticas de acordo com os valores permanentes da Constituição.

Contudo, merece destaque o que foi denominado por Claudio Pereira de Souza Neto como Jurisdição Constitucional Anticíclica<sup>288</sup>. O referido autor defende que, diante de um governante autoritário, com propósitos extremistas, as instituições devem se manter em alerta na defesa do texto constitucional. Isso desagua na modulação de suas decisões a depender dos ciclos políticos vigentes.

Ou seja, na vigência de governos autoritários, a jurisdição constitucional deve ser menos deferente, adotando critérios mais rigorosos para o controle de atos estatais, havendo, *in casu*, em defesa de valores constitucionais permanentes, a supressão circunstancial da deferência.<sup>289</sup>

Portanto, o que se demonstra aqui é que a abstrativização controle de constitucionalidade difuso aumentou o alcance do Supremo Tribunal Federal no sentido de julgar matérias que dificilmente lhe seriam submetidas, de modo que nesses casos, muitas vezes, a atuação ativista mostra-se necessária, no sentido de proteger e prestigiar valores constitucionais permanentes, o que deve ser feito, por meio do exercício das funções contramajoritária, representativa e vanguarda iluminista. Essa dinâmica, promove uma verdadeira democratização ao efetivo controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, potencializando assim, busca pela higidez do sistema constitucional como um todo, e a efetivação e proteção dos direitos individuais e fundamentais.

---

<sup>288</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 59.

<sup>289</sup> CUNHA, op. cit.

## CONCLUSÃO

A partir do movimento constitucionalizador é possível constatar uma grande vertente de proteção dos direitos fundamentais, sendo o controle de constitucionalidade, uma das principais ferramentas para tal finalidade. Nesse âmbito nota-se a grande influência dos sistemas de controle europeu e norte-americano no mundo, e principalmente, no Brasil, que importou os dois modelos, estabelecendo um viés de se conferir ao Judiciário poder de decisão em diversas dimensões que determinaram, e vêm determinando os rumos da sociedade.

O controle de constitucionalidade brasileiro encontra-se em verdadeira, e constante evolução. A partir do controle de constitucionalidade previsto na Constituição de 1824, os meios de fiscalização da higidez do sistema constitucional foram ganhando cada vez mais relevância, e amplitude. Um grande momento, que demonstra tal circunstância, é a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, que estabeleceu o até hoje vigente controle misto de constitucionalidade, mantendo o controle difuso, e aumentando o número de personagens previstos no texto constitucional, legitimados para a deflagração do controle de constitucionalidade concentrado. O texto constitucional vigente manteve a sistemática do ambiente brasileiro, de se delegar ao Poder Judiciário a responsabilidade de decidir sobre causas que ditam o rumo da sociedade brasileira e, que ao certo, em alguns casos, deveriam ser decididas pelo Poder Legislativo, que se mostra inerte e omissor, diante de demandas que causam prejuízo político o que, por consequência, ocasiona a violação de direitos fundamentais.

Dessa forma, buscando sempre respeitar a delimitação do objeto da presente pesquisa, foi possível concluir, no que diz respeito à transformação do controle de constitucionalidade difuso, a sua atual sistemática abstrata de julgamento após o advento da repercussão geral da questão constitucional, assim como os efeitos erga omnes e vinculantes extraídos desse julgamento. Destaca-se que a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição vigente não foi utilizado como fundamento para chegar à referida constatação, tendo em vista que, como já citado aqui, a deflagração do Poder Constituinte difuso sobre essa norma não é pacífica na jurisprudência e na doutrina.

Por isso, os fundamentos utilizados para o estabelecimento da premissa de abstrativização do controle de constitucionalidade difuso foram (i) a formação do incidente de repercussão geral da questão constitucional, extraindo do processo-piloto a causa com repercussão geral, e estabelecendo, no bojo do incidente o processo-modelo a ser replicado em todas as demais demandas; e (ii) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de admitir o recurso extraordinário diante da presença de repercussão geral, mesmo na hipótese de ausência

de requisitos recursais. Ademais, restou também clara a extensão dos efeitos da decisão proferida no julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que (i) a teoria dos precedentes estabelecida no CPC, determina a vinculação de todos os Juízes e Tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) tal qual o *judicial review* e no *stare decisis*, a eficácia erga omnes do julgamento do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, vem surgindo e se fortalecendo a partir da prática judicial e, por fim, (iii) a partir de uma interpretação sistêmica do art. 1.035, §5º do Código de Processo Civil, não haveria sentido suspender todas as demandas em curso após o reconhecimento da repercussão geral, e ao final, não aplicar-lhes o que fora decidido pela Suprema Corte.

Com a abstrativização do julgamento do recurso extraordinário, e o efeito erga omnes da decisão extraída do incidente da repercussão geral da questão constitucional, há um verdadeiro caminho no sentido de se igualar, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o procedimento de julgamento dos dois sistemas de controle de constitucionalidade. Contudo, resta clara a existência de incoerências do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, foi demonstrada a aplicação da modulação dos efeitos – regra própria das ações diretas – ao julgamento do recurso extraordinário, que é um dos traços de padronização de julgamento dos subsistemas de controle de constitucionalidade, o que é chamado também de acoplamento estrutural. Contudo, outras regras das ações diretas não são igualmente aplicadas. Nesse aspecto foi exposta a ausência de atuação do Advogado-Geral da União no âmbito do julgamento do incidente da repercussão geral da questão constitucional.

Essa dualidade incoerente demonstra incoerências mal resolvidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, indo de encontro com o acoplamento estrutural entre os subsistemas de controle de constitucionalidade, e passando a mensagem incorreta de que uma norma pode ser mais constitucional do que a outra, dependendo da forma que o controle é deflagrado.

Por fim, superada a abordagem procedimental da presente pesquisa, no último capítulo foi constatado que essa nova sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal, torna mais eficiente e viável o exercício das suas três funções, quais sejam, contramajoritária, representativa, e vanguarda iluminista.

Contudo, constatou-se também que a abstrativização do controle de constitucionalidade desagua em um maior protagonismo do Supremo Tribunal Federal, muito em virtude da crise de representatividade da classe política, precipuamente, do Poder Legislativo.

Nesse diapasão, resta claro que o vácuo de poder vem sendo ocupado pelo Poder Judiciário, na medida em que a classe política “tira o pé da dividida” no momento de se debater diversas pautas que não são pacíficas na sociedade, e por isso, naturalmente, causam prejuízo político.

Esse aspecto, conforme já citado na presente conclusão, é peculiar ao ambiente brasileiro. Isso porque, na inauguração da República, tal qual descrito no primeiro capítulo, antes mesmo da promulgação da primeira Constituição de 1891, o Congresso, por meio de Decreto, entregou a garantia da instituição e afirmação da República nas leis infraconstitucionais aos Juízes e ao Supremo Tribunal. Ou seja, conclui-se que desde esse momento, uma verdadeira delegação dos atores políticos ao Poder Judiciário.

Outro momento em que tal delegação é constatada, mas de uma maneira desvirtuada, e até não honrosa para o Poder Judiciário, é durante o período de ditadura militar onde houve a inauguração do controle de constitucionalidade concentrado. Houve a busca de suprimir eventuais decisões proferidas por juízes e tribunais no exercício do controle de constitucionalidade difuso, além de legitimar e legalizar atos de repressão contando com a colaboração de juristas. Dessa forma, assim como na inauguração da República, houve uma verdadeira preocupação no sentido de se proteger a nova ordem jurídico-militar, sendo o Poder Judiciário, e principalmente o Supremo Tribunal Federal, o grande personagem e ferramenta para se alcançar tal fim.

Isso demonstra que o protagonismo do Poder Judiciário brasileiro não é uma novidade, na medida em que a própria classe política, em momentos decisivos sempre delegou escolhas que deveriam ser sua, ao crivo do Judiciário.

Logo, diante da omissão ou ação indevida da classe política, o que em diversas oportunidades ocasiona a violação de direitos fundamentais, é imprescindível a intervenção do Supremo Tribunal Federal, mesmo que no exercício de uma atuação ativa, o que se denomina de ativismo judicial, sendo assim, viável o exercício das suas três funções já supracitadas, no sentido de se preservar e proteger direitos fundamentais e valores constitucionais permanentes.

A abstrativização do subsistema de controle de constitucionalidade difuso é de grande importância para essa função de sentinela do Tribunal, na medida em que, diante do princípio da inércia da jurisdição, essa nova sistemática aumentou o alcance da Suprema Corte, além de potencializar a eficácia da sua jurisdição, diante da aplicação do entendimento em todos os processos em trâmite no território nacional.

Portanto, conclui-se que a nova sistemática de julgamento adotada após o advento da repercussão geral da questão constitucional potencializa o acesso à jurisdição constitucional,

aumentando assim, a possibilidade de defesa, pelo Supremo Tribunal Federal, de direitos fundamentais que são objeto de violação pelas ações, muita das vezes, pelas omissões dos demais Poderes.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 14 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, nº 69, p. 240, jun. 2015.

BERMUDES, Sérgio. Arguição de relevância da questão federal. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 7. São Paulo: Saraiva, 1978.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo et al. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 25 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados unidos do Brazil (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: 5 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *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: 23 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brazil 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: 4 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao/RegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1616*, de Pernambuco. Ministro Relator Maurício Corrêa. Julgado em: 24 mai. 2001. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1674271>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.797* do Distrito Federal. Ministro Relator Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Ayres Britto. Julgado em: 16 mai. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>> Acesso em: 16 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*, do Distrito Federal, Ministro Relator Ayres Brito. Julgado em 14 out. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4983*, do Ceará. Ministro Relator Marco Aurélio. Julgado em: 16 dez. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.054.490 do RJ*. Ministro Relator: Luís Roberto Barroso. Julgado em: 16 out, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208032>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.054.490 do RJ*. Ministro Relator: Luís Roberto Barroso. Julgado em: 16 out, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208032>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124306*, do Rio de Janeiro. Ministro Relator Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em: 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 4.335 do RJ*. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Julgado em: 21 mar. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 197.917* de São Paulo, Ministro Relator Maurício Corrêa. Julgado em: 06/06/2002. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1631538>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 586.453*, de Sergipe. Ministra Relatora Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2616941>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Re nº 646.721*. Ministro Relator: Marco Aurélio. Julgado em: 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 878.694*. Ministro Relator: Roberto Barroso. Julgado em: 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANECA, Frei Joaquim do Amor Divido. *Voto sobre o juramento do Projeto de Constituição oferecido por Pedro II*. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5506863/mod\\_](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5506863/mod_)

resource/content/1/frei%20caneca\_voto%20sobre%20o%20projeto%20de%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%20d%20pedro%20I.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociológica Política*, Curitiba, nº 23, p. 115-126, nov. 2004.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUNHA, Beatriz Carvalho de Araujo. Jurisdição Constitucional em tempos de crise: Equilibrando-se entre a contenção do autoritarismo e o risco do empacotamento. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro -PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 4 n. 2, mai/ago. 2021. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso\\_especializacao/direitopublicoeprivado/2021/caderno-de-normas-ABNT-EMERJ-julho-2021.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/direitopublicoeprivado/2021/caderno-de-normas-ABNT-EMERJ-julho-2021.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Do Paradigma Político Da Representação à Democracia Participativa*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818464.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querelela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Reform. Salvador: Juspodivm, 2016.

DUARTE, Hugo Garcez. *Reflexões sobre o direito civil constitucional e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/reflexoes-sobre-o-direito-civil-constitucional-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional Contemporânea: Autonomia, Acoplamento Estrutural e Abstrativização dos Sistemas de Controle*. Juiz de fora: Editar, 2018.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Direito Público*. Juiz de Fora: Editar, 2020.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*, V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*, 7. ed. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1986.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

MELLO, Vico Denis de. *O Pensamento Iluminista e o Desencantamento do Mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático*. Disponível em: <

<http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/O%20Pensamento%20Iluminista%20e%20o%20Desencantamento%20do%20Mundo.pdf>> Acesso em: 18 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990.

MONTEBELLO, Mariana Willeman. Controle de Constitucionalidade na Constituição da República de 1934: Revisitando a Origem do Quórum Qualificado e da Atuação do Senado Federal no Modelo Concreto-Difuso do Judicial Review. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, nº 69, p. 240, jun. 2015.

MORAES, Guilherme Penã de. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. *Justiça Constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2016.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1998

NEVES, Pedro. *Que falta faz o Rui!* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/312249/que-falta-faz-o-rui>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

NOVELINO In: NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. (prefácio)

PAULO, Vicente, et al. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Sergio da. *Será que a ditadura militar foi apenas militar?* Entenda por que esse termo é insuficiente. Disponível em: <<https://voyager1.net/historia/enem-ditadura-civil-militar/>> Acesso em: 18 jun. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional*. São Paulo: Contracorrente.

\_\_\_\_\_. et al. *Direito constitucional teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. In: Seminário Política, Democracia e Justiça, 2019, Câmara dos Deputados, Brasília. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-26/quanto-vaias-supremo-ele-acertado-streck>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4 ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

