

LAURA BARACAT BEDICKS

**Sistema difuso de controle de constitucionalidade e *civil law* no Brasil –
eventuais relações**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Rubens Beçak

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2017

LAURA BARACAT BEDICKS

**Sistema difuso de controle de constitucionalidade e *civil law* no Brasil –
eventuais relações**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Rubens Beçak.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2017

Bedicks, Laura Baracat

Sistema difuso de controle de constitucionalidade e *civil law* no Brasil – eventuais relações/Laura Baracat Bedicks; orientador Rubens Beçak -- São Paulo, 2017.

134 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Sistema difuso. 3. *Civil law*. I. Beçak, Rubens, orientador. II. Título.

Nome: BEDICKS, Laura Baracat

Título: Sistema difuso de controle de constitucionalidade e *civil law* no Brasil – eventuais relações

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado.

Aprovado em: ____/____/____

Orientador - Prof. Dr. Rubens Beçak

Banca examinadora:

Prof(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Rubens Beçak, por todas as valiosas contribuições e ensinamentos, imprescindíveis à elaboração desta dissertação.

Aos meus pais, Roberto e Isabela, por todo o amor, por estarem sempre ao meu lado, e por me ensinarem, desde sempre, o valor do estudo e do trabalho. Ao Leo, meu irmão e melhor amigo, pelo companheirismo de uma vida.

Ao Roberto Panucci Filho. Sem o seu amor e apoio, este projeto não seria possível.

Agradeço, por fim, a toda a minha família e aos queridos amigos do Colégio Dante Alighieri, do CISV, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. A torcida, a alegria e o suporte de cada um de vocês contribuíram em muito para esta dissertação.

RESUMO

BEDICKS, Laura Baracat. *Sistema difuso de controle de constitucionalidade e civil law no Brasil – eventuais relações*. 2017. 134 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O objeto do presente trabalho é o estudo da relação entre o sistema jurisdicional difuso de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e a base romano-germânica sobre a qual se funda, essencialmente, nosso ordenamento jurídico. A combinação ocorrida no sistema jurídico brasileiro resultou em diversos inconvenientes, que impedem se alcance a isonomia e a segurança jurídica na prestação jurisdicional. A ausência do elemento do *stare decisis*, que confere coerência ao sistema difuso nos países de *common law*, fez com que se proliferasse a divergência jurisprudencial de forma descontrolada no Brasil. Coloca-se, então, o objeto deste trabalho, que é o estudo da relação entre o *civil law* e o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, as consequências que daí advêm e a evolução exigida de nosso sistema de controle para responder aos atritos gerados por essa conjugação.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Sistema difuso. *Civil law*.

ABSTRACT

BEDICKS, Laura Baracat. *Judicial review and civil law in Brazil – possible interactions*. 2017. 134 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The purpose of this essay is to study the interactions between the dispersed system of judicial review adopted in Brazil and the civil law tradition on which our legal order is based. The combination occurred in the Brazilian legal system resulted in several inconveniences, which prevent the achievement of isonomy and legal certainty in jurisdictional rendering. The absence of the element of stare decisis, which confers coherence to the dispersed judicial review system in common law countries, has led to jurisprudential divergence in uncontrolled levels in Brazil. The object of this study, therefore, consists on the interactions between the civil law tradition and the dispersed judicial review in Brazil, the consequences of this arrangement and the evolution required of our legal order, to respond to the difficulties generated by this conjugation.

Keywords: Judicial review. Dispersed judicial review. Civil law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO <i>CIVIL LAW</i>.....	12
1.1 Breves comentários sobre a formação histórica da tradição jurídica.....	12
1.2 Estrutura e função das normas	18
1.3 Fontes do direito	23
1.4 A função da interpretação e do aplicador do direito	29
1.5 A adoção do <i>civil law</i> no Brasil	33
2. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	36
2.1 A ascensão da Constituição como norma fundamental	36
2.1.1 O constitucionalismo nos Estados Unidos da América	37
2.1.2 O constitucionalismo na Europa	40
2.2 Origem histórica do controle de constitucionalidade	44
2.2.1 Nos Estados Unidos da América.....	44
2.2.2 Na Europa	49
2.3 Principais características associadas ao controle difuso de constitucionalidade	54
2.3.1 Quanto ao órgão jurisdicional que exerce a fiscalização	54
2.3.2 Quanto à forma ou modo de controle jurisdicional.....	57
2.3.3 Quanto à legitimação ativa.....	59
2.3.4 Efeitos temporais da decisão de controle.....	60
2.3.5 Efeitos subjetivos da decisão de controle	61
3. O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS PAÍSES REGIDOS PELO <i>CIVIL LAW</i> - AS INCONSISTÊNCIAS VERIFICADAS NO SISTEMA BRASILEIRO	65
3.1 O sistema de controle adotado como regra geral nos países de <i>civil law</i>	65
3.2 A adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil.....	75
3.2.1 A Constituição Política do Império do Brasil (1824)	75
3.2.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891).....	75

3.2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934).....	79
3.2.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937).....	81
3.2.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946).....	81
3.2.6 A Constituição do Brasil (1967) e a Emenda Constitucional n. 1/1969	83
3.2.7 A Constituição da República Federativa do Brasil (1988)	84
3.2.8 Motivos determinantes e consequências da adoção do sistema difuso pelo Brasil	86
3.3 O sistema português.....	88
4. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	95
4.1 A evolução do sistema brasileiro como sintoma da necessidade por isonomia e por segurança jurídica	95
4.2 Propostas para a evolução do sistema.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é o estudo da relação entre o sistema jurisdicional difuso de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e a base romano-germânica sobre a qual se funda, essencialmente, nosso ordenamento jurídico.

Apesar de não existir uma relação necessária entre os sistemas de *civil law* e a adoção do controle concentrado de constitucionalidade, nem entre os sistemas de *common law* e a opção pelo controle difuso de constitucionalidade, o que se verifica, na prática, é que o modelo difuso foi desenvolvido e adotado nos Estados Unidos da América, país de tradição jurídica baseada no *common law*, e o modelo concentrado foi adotado na maioria dos países europeus ocidentais, que têm base jurídica romano-germânica.

Isso se deu em virtude das características próprias inerentes a cada uma das famílias do Direito, já que os diferentes sistemas de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade mais facilmente se adaptam a determinadas particularidades. A prática em diversos países demonstrou haver uma relação positiva ao se associar os ordenamentos de tradição de *common law* ao mencionado sistema difuso de fiscalização, e os ordenamentos de base romanística ao modelo concentrado de controle.

No entanto, no Brasil, apesar de nossa ordem jurídica fundar-se no *civil law*, o país veio a adotar o sistema difuso de fiscalização da constitucionalidade. Verifica-se, assim, que o caso brasileiro é atípico, ao conjugar elementos de forma diversa do que ocorreu tradicionalmente em outros Estados.

Coloca-se, então, o objeto deste trabalho, que é o estudo da relação entre o *civil law* e o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, as consequências que daí advêm e a evolução exigida de nosso sistema de controle para responder aos atritos gerados por essa conjugação, sempre considerando a situação específica de nosso país.

A combinação ocorrida no sistema jurídico brasileiro resultou em diversos inconvenientes, que impedem se alcance a uniformidade, a racionalidade, e principalmente a isonomia e a segurança jurídica na prestação jurisdicional. A ausência do elemento do *stare decisis*, que confere coerência ao sistema difuso nos países de *common law*, fez com que se proliferasse a divergência jurisprudencial de forma descontrolada no Brasil.

Assim, o estudo do tema se mostra necessário porque o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro apresenta claros problemas de coerência e de uniformização, que merecem ser examinados para se buscar soluções úteis.

Desde a consagração do sistema difuso de controle jurisdicional no Brasil, pela Constituição de 1891, o ordenamento jurídico pátrio evoluiu com a positivação dos mais diferentes mecanismos, na tentativa de se alcançar a uniformidade decisória. Pode-se citar a competência atribuída ao Senado Federal para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; a adoção da regra do *full bench* (exigência de maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial) para a declaração de inconstitucionalidade por nossos tribunais; a adoção de ações para o controle abstrato de normas; os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral; dentre outros. No entanto, mesmo após a adoção de todas essas ferramentas, os jurisdicionados continuam a sofrer com a insegurança jurídica que permeia as decisões de controle de constitucionalidade em nosso Poder Judiciário.

A importância da análise destas questões reside em se constatar que nosso sistema de controle permanece em evolução, porque ainda apresenta necessidades e incongruências que precisam ser aprimoradas, em benefício da coletividade e da segurança jurídica, de forma que serão abordadas as sugestões da doutrina pátria para o melhoramento de nosso sistema de controle de constitucionalidade, que visa, sempre, a guardar a Lei Maior brasileira.

Este trabalho está dividido em quatro capítulos centrais, que agrupam os temas conforme sua maior correlação.

O primeiro capítulo aborda as características gerais da família romano-germânica, em especial quanto à estrutura e função de suas normas, as fontes principais do direito, e a função da interpretação e do aplicador do direito.

O segundo capítulo trata dos delineamentos gerais do controle difuso de constitucionalidade, passando por sua origem histórica, por suas principais características, e pelos efeitos das decisões proferidas nesta sede.

Os dois primeiros capítulos do trabalho tratam de temas que são pressupostos necessários para o estudo que se fará nos capítulos seguintes. Assim, sua análise é relevante na medida em que trazem um panorama geral sobre estas matérias, para que se possa melhor relacioná-las nos próximos capítulos.

No terceiro capítulo da dissertação, as principais questões analisadas são o sistema de controle de constitucionalidade adotado como regra nos países regidos pelo *civil law*, bem como qual o sistema seguido no Brasil, tratando-se dos motivos e consequências dessa opção, especialmente as disfunções verificadas a partir da positivação do sistema difuso de controle jurisdicional em nosso país. São apontadas, também, as similaridades entre o sistema de controle português e o brasileiro, para se tentar extrair soluções úteis que porventura constem do ordenamento jurídico português.

E por fim, o quarto capítulo da dissertação aborda as principais tendências e propostas identificadas nos estudos pátrios, para mitigar os problemas de nosso sistema difuso de controle, em busca da isonomia e da segurança jurídica na fiscalização jurisdicional de constitucionalidade.

1. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO *CIVIL LAW*

O presente capítulo tem por objetivo apontar as características gerais da família jurídica romano-germânica, em especial quanto à estrutura e função de suas normas, à lei como uma das fontes principais do direito, e à função da interpretação e do aplicador do direito.

É necessário ressaltar que o objeto deste trabalho não trata da formação histórica ou das peculiaridades apresentadas em cada ordenamento jurídico que faz parte da família romano-germânica; quer-se, apenas, assinalar as características gerais que vieram a caracterizar e individualizar esse grupo do direito, na medida em que também constituíram as diretrizes essenciais do ordenamento jurídico brasileiro, para que nos capítulos seguintes elas possam ser compreendidas no sistema de controle de constitucionalidade adotado em nosso país.

Não se almeja, aqui, descrever qualquer ordenamento específico de *civil law*, mas tão somente pontuar certos eventos históricos relevantes e correntes de pensamento que influenciaram o desenvolvimento dos sistemas contemporâneos de *civil law*, que podem ser agrupados por suas afinidades e, dessa forma, serem diferenciados de outras tradições jurídicas.

Assim, passaremos a apontar tais características nos itens a seguir, iniciando por breves notas acerca das origens e do desenvolvimento histórico desta tradição jurídica.

1.1. Breves comentários sobre a formação histórica da tradição jurídica

Segundo René David, cada Estado possui um direito que lhe é próprio, conforme técnicas diversas, e fundado em estruturas sociais diferentes umas das outras. No entanto, apesar da grande diversidade do conteúdo das regras, é possível encontrar denominadores comuns nos elementos fundamentais e estáveis de cada ordenamento jurídico. Assim, as regras variam, mas as técnicas utilizadas para seu enunciado, interpretação e classificação são mais limitadas, de forma que é possível agrupar os direitos do mundo contemporâneo em famílias¹.

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 19-22.

Atualmente, duas tradições jurídicas exercem grande influência no mundo: a tradição do *civil law* e a do *common law*. Pode-se dizer que constituem tradições jurídicas porque são um conjunto de ideias historicamente condicionadas e enraizadas sobre a natureza do direito, seu papel na sociedade, a forma de organização e operação do sistema legal, bem como os modos pelos quais o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado².

Para os fins que interessam a este trabalho, centrarei o estudo na família romano-germânica, também denominada de *civil law*, à qual se filia o Brasil.

A família romano-germânica agrupa os países em que a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, desenvolvendo-se a partir de estudos realizados nas universidades europeias, com alicerce em compilações do imperador Justiniano. Assim, espalhou-se pela Europa e por diversos outros territórios, em parte devido à colonização e em parte devido às facilidades que a técnica da codificação ofereceu para a expansão deste direito³. Desta forma, chegou à América Latina, inclusive ao Brasil.

A data histórica comumente associada à origem do *civil law* é 450 a.C., quando se deu a publicação da Lei das Doze Tábuas em Roma⁴. Mais tarde, no século VI d. C., o Imperador romano Justiniano determinou a elaboração do *Corpus Juris Civilis*, uma compilação do direito romano que visava a resgatar a pureza desse sistema legal e a organizar, de forma sistemática, aquilo que valia a pena preservar.

Essa compilação incluía o direito das pessoas, de família, de sucessões, de propriedade, de indenização, regras sobre enriquecimento ilícito e também sobre contratos, além das medidas para proteção desses interesses em juízo. A partir de então, todo o referencial jurídico deveria ser este ordenamento⁵.

No entanto, desde a queda do Império Romano do Ocidente, no século V, no contexto das invasões bárbaras, o direito continental europeu foi adquirindo um caráter eminentemente consuetudinário. O direito romano e os diversos direitos bárbaros dos invasores passaram a ser substituídos por um direito *vulgar*, não erudito e nem escrito, e

² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p 21-23.

³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 23-34.

⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 23.

⁵ Ibidem, p. 27-29.

que era aplicado com alcance local pelas diversas populações, com o intuito principal de assegurar a coexistência pacífica e fazer reinar a paz entre os grupos⁶.

Mais tarde, principalmente nos séculos XII e XIII, o fenômeno conhecido como Renascimento no Ocidente europeu trouxe diversos aspectos, inclusive o jurídico. O desenvolvimento das cidades e do comércio reavivou o desejo por um direito que pudesse garantir a ordem e a segurança, e foi nessa conjuntura que eclodiu o desenvolvimento da tradição jurídica romano-germânica.

Com base nas ideias renascentistas, a valorização da razão permitiu separar a religião do direito, e as universidades europeias passam a desempenhar o relevante papel de espalhar novas ideias, e inclusive de elaborar um direito erudito comum a toda a Europa, que aos poucos foi influenciando os direitos aplicados em cada Estado⁷.

A denominação de família romano-germânica representa justamente os esforços empenhados tanto nas universidades dos países latinos quanto dos países germânicos para o desenvolvimento deste sistema⁸.

A primeira universidade moderna europeia surgiu em Bolonha, no século XI, e desde então se pode vislumbrar o “ressurgimento do direito romano”⁹.

Nesta época, o direito positivo da maioria dos países era muito retalhado e incerto, pouco organizado, e muitos sequer possuíam um direito nacional. O regime feudal propiciava a prevalência de costumes locais e variados. Assim, para superar os direitos locais e ineficientes, o resgate do direito romano apresentava-se como solução.

As compilações do Imperador Justiniano facilitavam o conhecimento deste direito, e também o fato de ser versado em latim, a língua conservada e difundida pela Igreja Católica, tornou o direito romano a opção por excelência, ademais da grande admiração de que gozava a civilização romana perante a Europa¹⁰.

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 37-39.

⁷ *Ibidem*, p. 39-41.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 30.

¹⁰ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 42-43.

Para Franz Wieacker, a autoridade do texto de Justiniano também provém da ideia de que o legado do Império Romano representaria, até o fim dos tempos, a própria comunidade cristã¹¹.

Ressalta-se que o *Corpus Juris Civilis* não era restrito ao direito civil romano; incluía também disposições sobre o poder do imperador e a organização do império, dentre outras questões relacionadas ao direito público. No entanto, foi a parte da compilação relativa ao direito civil romano que foi estudada com maior profundidade e se tornou a base do *civil law*, porque era a parte que oferecia soluções úteis e comuns a outros povos e governos, em outros lugares e épocas¹².

Por todos estes motivos, o direito ensinado nas universidades passou a ser o direito romano, e não os direitos nacionais, que sequer estariam em condições de ser ensinados. Diversas escolas se sucederam no estudo do direito romano, sistematizando-o e adaptando-o às necessidades daquele tempo, o que o afastou das concepções do direito de Justiniano, e tornou-o um direito com vocação para ser aplicado de maneira universal. O direito era ensinado como um modelo de organização social, um modelo abstrato de comportamento. A escola do direito natural, com seu apelo à razão e ao universalismo, veio também abrir os caminhos para a codificação e para o desenvolvimento do direito público¹³.

Aqueles que haviam estudado em Bolonha retornavam a seus países e estabeleciam universidades, onde também se ensinava e estudava o direito baseado no *Corpus Juris Civilis*. O direito romano e as obras dos grupos acadêmicos dos Glosadores e Comentaristas, que o estudavam, constituíram a base de um direito comum europeu, que veio a se denominar *jus commune*, por compartilhar a mesma linguagem jurídica, métodos de ensino, de pesquisa e de estudo, além de um corpo comum de doutrina e até de leis¹⁴.

Os Glosadores, também conhecidos como a Escola de Bolonha, realizaram a reconstrução analítica da obra de Justiniano, acompanhando o exame literal do texto de anotações, denominadas glosas – daí a denominação da Escola.

¹¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 43-44.

¹² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 30.

¹³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 43-47.

¹⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 32.

A Glosa de Acúrsio resumiu e unificou todos os trabalhos por eles produzidos até então. Recebeu a alcunha de *Magna Glosa*, e ganhou força vinculante, equivalente ao texto de Justiniano. Referida *Magna Glosa* foi o instrumento de aceitação do direito romano nos demais Estados europeus, e conservou seu valor prático até a adoção das codificações iluministas do século XVIII¹⁵.

No entanto, com a progressiva consolidação dos Estados nacionais, e sua libertação do Sacro Império Romano-Germânico, também o direito de cada país foi aos poucos questionando o direito romano. Assim, surgiu uma nova Escola, a dos Comentadores, que substituíram a glosa pelo comentário e passaram a questionar não só o texto, mas também o sentido desse direito.

Bartolo de Sassoferrato foi a mais célebre figura dessa Escola. Produziu uma série quase completa de comentários ao *Corpus Iuris Civilis*. Seu legado foi tão relevante que na Espanha, em Portugal, e no Brasil a partir de 1603, a *opinio Bartoli* foi declarada obrigatória para os juízes, sempre que houvesse conflitos de interpretação¹⁶.

Assim formou-se a família romano-germânica, composta pelos países que, cada um à sua medida, adotaram a influência do direito romano na maneira de conceber o direito, na sua apresentação, nos seus métodos de investigação, no seu vocabulário, categorias, conceitos, e até mesmo em algumas de suas regras¹⁷.

O renascimento dos estudos do direito romano, e sua influência, não significaram uma obrigatória recepção do direito romano. No entanto, os costumes locais, por serem não compilados, difíceis de conhecer e restritos a um pequeno território, em vários lugares terminam por ceder ao direito erudito ensinado nas universidades, que detinha as características da generalidade, da abrangência territorial, e da conformidade com a justiça e com a razão, que eram mais consentâneas com uma nova sociedade em progresso, mais universal e menos local e fechada¹⁸.

Em todos esses países, o direito romano colocava-se ao lado dos costumes locais, oferecendo soluções jurídicas para os casos não previstos neles, ou para os casos em que se

¹⁵ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 52.

¹⁶ *Ibidem*, p. 53-54.

¹⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 50-52.

¹⁸ *Ibidem*, p. 53-54.

desejasse renovar as regras preexistentes. Além disso, o direito romano fornecia um direito comum para as relações entre os Estados¹⁹.

Vale ressaltar o entendimento de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo de que as mais antigas subtradições que compõem o *civil law* são o direito civil romano, o direito canônico e o direito comercial²⁰.

O direito civil romano já foi comentado acima. O direito canônico da Igreja Católica Romana trata-se de um corpo de leis e procedimentos desenvolvidos pela Igreja para o seu próprio governo e o de seus fiéis. Tais normas também eram ensinadas nas universidades europeias, o que levou a uma mútua influência com o direito civil romano, sendo que ambos os conjuntos de normas estão na base do *jus commune*.

Por fim, o direito comercial da Europa ocidental viu grande desenvolvimento em especial na Itália, na época das Cruzadas, quando os mercadores italianos constituíram guildas e passaram a estabelecer normas de conduta em assuntos de comércio. Os juízes que resolviam as controvérsias comerciais, em tribunais especiais, também provinham das corporações e da classe dos mercadores.

Assim, a princípio, o direito civil e o direito comercial tinham fontes diferentes, objetos diferentes e tribunais diferentes. Contudo, no século XVI, o próprio Estado tornou-se mercador, na exploração das Índias Orientais e Ocidentais, e desenvolveu-se o controle estatal sobre a economia. A partir daí, a matéria comercial passou a ser regulamentada pelo Estado, a mesma fonte que já regulamentava o direito civil²¹.

Esses três grupos de normas (direito civil romano, direito canônico e direito comercial) são considerados por mencionados autores como as principais fontes de conceitos, instituições e procedimentos dos modernos sistemas legais da família romano-germânica.

Quanto ao direito público, desenvolveu-se sobremaneira no contexto das revoluções liberais que se sucederam a partir do século XVIII, com a consolidação dos Estados-nação. As novas ideias sobre as relações entre os governos e os indivíduos fortaleceram as concepções sobre os direitos naturais do homem e sobre a necessidade de separação e de

¹⁹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 55.

²⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 27-37.

²¹ Idem e também conforme LOSANO, Mario G. Op. cit, p. 61-62.

limitação dos poderes estatais, além de valorizar o Estado secular, o racionalismo, o liberalismo e o nacionalismo²².

A ideia da divisão dos poderes, baseada na teoria desenvolvida por Montesquieu em *O Espírito das Leis*, veio até mesmo a inibir o controle de constitucionalidade e a prescrever um papel mais limitado aos juízes por bastante tempo, como será melhor desenvolvido nos próximos itens.

Em resumo, as ordens jurídicas do continente europeu manifestam características comuns que se fundam na similaridade das condições de evolução e no intercâmbio de ideias políticas e metodológicas. Conforme Franz Wieacker, essas ordens jurídicas baseiam-se na “cientificização” do direito, por meio do resgate do direito romano e de sua conformação pelas teorias do jusracionalismo e do humanismo e de sua racionalização pelos ideais do iluminismo e da Revolução Francesa.

Esses ordenamentos adotaram o Estado de Direito sob a forma de Estado de leis, organizado segundo o princípio da separação de poderes. Contribuíram para a cultura jurídica moderna com a integração do direito à sociedade por meio das codificações liberais, e pela posterior renovação conceitual e sistemática do direito comum pela pandectística. Para Franz Wieacker, neste processo, cabe aos franceses o mérito da salvaguarda da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e aos alemães a contribuição intensa no domínio da ordenação jurídico-teórica.

Tal caráter abstrato e axiomático possibilitou a transposição deste estilo jurídico para países não europeus²³. A partir do século XVIII, a codificação constituiu um dos mais relevantes instrumentos para a expansão do sistema de direito romano-germânico, tanto dentro quanto fora da Europa, sendo o Código Napoleônico de 1804 um de seus principais exemplos²⁴.

Uma vez traçada brevemente a formação histórica desta tradição jurídica, passaremos a pontuar a estrutura e a função de suas normas.

1.2. Estrutura e função das normas

²² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 39-44.

²³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 574-575.

²⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 67.

Apesar de as regras de fundo serem diferentes em cada um dos direitos da família romano-germânica, eles podem ser considerados como pertencentes a um mesmo grupo, pois que se relacionam em sua estrutura. Tanto as categorias nas quais são organizadas as regras de direito quanto a concepção da própria regra de direito, se assemelham²⁵.

Em todos os países da família de *civil law* pode-se encontrar a mesma divisão básica entre direito público e direito privado, e dentro de cada uma dessas áreas, temos os mesmos ramos fundamentais, como o direito constitucional, administrativo, criminal, processual, civil, comercial, do trabalho, dentre outros. Além da semelhança nas divisões e classificações, as instituições e conceitos do direito em cada um dos países também se assemelham, ainda que em menor grau. Para René David, a explicação para esta semelhança advém do fato de que, durante séculos, a ciência do direito foi ensinada na Europa continental com base no direito romano e no direito canônico²⁶.

É possível perguntar-se se não haveria uma similaridade entre os direitos desta família apenas no que toca ao direito privado, já que o direito romano versava, sobretudo, sobre as relações entre particulares.

No entanto, muitas das ideias filosóficas e políticas que vieram a embasar o direito público europeu em desenvolvimento nos séculos XIX e XX eram comuns no continente inteiro, o que levou ao parentesco também quanto ao direito público. Ademais, os juristas chamados a desenvolver o direito público em cada um dos países receberam a mesma formação romanista, o que também contribuiu para a manutenção das similaridades entre os direitos dos diferentes países, igualmente quanto ao direito público²⁷.

O parentesco da família romano-germânica manifesta-se de forma ainda mais forte na concepção sobre a regra de direito.

Nos ordenamentos de *civil law*, a sistematização levada a cabo pela doutrina levou a uma compreensão da regra de direito como uma regra de conduta, dotada de generalidade, e não como uma regra útil para a solução de um único caso concreto. Acreditava-se que as regras deveriam ser elaboradas pelos teóricos, com base em considerações sobre justiça, moral e política, e que os juízes, aplicadores do direito, não

²⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 83.

²⁶ *Ibidem*, p. 85-90.

²⁷ *Ibidem*, p. 93-94.

tinham tempo, e nem a distância necessária dos casos concretos, para formular regras gerais e justas, não influenciadas por um específico caso²⁸.

Essa concepção geral das regras de direito foi o que possibilitou, em grande medida, a codificação. Afinal, não é viável elaborar-se um código, quando cada decisão concreta proferida por um juiz é considerada uma regra de direito.

Dessa forma, foram elaborados os códigos, com o objetivo de conter regras suficientemente gerais, ordenadas em sistema, e acessíveis ao conhecimento, para que, por meio da atividade mais simples possível, juízes e cidadãos pudessem deduzir as normas aplicáveis a cada situação particular²⁹.

Historicamente, a codificação foi utilizada como uma arma contra o Poder Judiciário, que antes das revoluções liberais era composto, em regra, pela nobreza, que possuía tais cargos e costumava atuar invocando nebulosos princípios gerais não escritos em lugar algum. Assim, uma legislação elaborada por representantes do povo, emitida na forma de códigos, e que prestigiasse a liberdade e a igualdade jurídica, em detrimento dos privilégios e da discriminação, era o mais caro desejo dos cidadãos³⁰.

O jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo foram duas correntes de pensamento que incentivaram o movimento de codificação, por prezarem a clareza e a sistematização. Os códigos são mais do que meras compilações (como o eram as Ordenações portuguesas, por exemplo). Tais códigos consagraram a ordem, a hierarquia e a concentração legislativa no poder central do Estado³¹.

Esses códigos desejavam romper com os privilégios da tradição jurídica anterior, e positivaram as novas ideias liberais. Muitos deles, como o francês, almejavam abolir o *jus commune* europeu, consagrando um direito nacional, obra do Estado-nação que se fortalecia sob o governo de um soberano esclarecido.

Os primeiros códigos europeus do século XVIII têm o mesmo perfil. Não pretendem ordenar, melhorar ou completar um direito existente, como as compilações anteriores faziam; mas almejam uma planificação completa da sociedade, por meio da

²⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 101-102.

²⁹ *Ibidem*, p. 101-103.

³⁰ CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985*. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 106-107.

³¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, com base na convicção iluminista de que a vontade comunitária geral e racional, por si só, levaria a uma sociedade melhor³².

Vale ressaltar que os códigos jusnaturalistas foram atos de transformação revolucionária, apesar de que, apenas na França e nas áreas sob seu domínio de influência, foram consagrados pelos portadores da revolução política, enquanto no restante da Europa foram estabelecidos pelo despotismo esclarecido. Podem ser apontados como precursores o Código Prussiano, o Código Civil Austríaco e os Códigos Napoleônicos, depois seguidos pelos códigos alemães e italianos³³.

E nos termos dessa reforma, o jurista deveria tornar-se órgão de aplicação estrita da vontade do poder soberano, submetido estritamente à legalidade³⁴, para evitar-se a perpetuação do comportamento dos juízes do antigo regime.

Ponto comum entre os ordenamentos de *civil law* é que, partindo-se da estrutura de generalidade atribuída às normas, o papel dos aplicadores do direito é o de interpretar as fórmulas legislativas. As normas não deveriam ser muito precisas, porque seu elaborador nunca poderia prever todas as variações que ocorrem na prática, e nem muito gerais, senão deixariam de ser um guia seguro. Desta maneira, o aplicador da norma tem à sua disposição diretivas, que deve interpretar e aplicar ao caso concreto³⁵.

Contudo, alerta René David que a previsibilidade almejada com a positivação das leis, e o desejo de obter-se um resultado mais fácil na aplicação da norma, já que bastaria ao aplicador conhecer a regra escrita e interpretá-la, são grandes ilusões. Isso porque, a menor especificidade das regras acabou por tornar necessária uma larga atividade interpretativa dos juízes e dos tribunais, conferindo-lhes maior liberdade em sua aplicação, e diminuindo a segurança jurídica que se almejou ao codificar as regras, para facilitar o seu conhecimento e difusão³⁶.

Como consequência, nestes Estados, são as normas mais gerais do que nos países que se fundam sobre a tradição do *common law* e nos quais a regra de direito resulta de formação judiciária. Mas também nos ordenamentos romano-germânicos o direito não se

³² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 366.

³³ *Ibidem*, p. 367.

³⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200.

³⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 105.

³⁶ *Ibidem*, p. 106.

contém apenas nas regras formuladas pelo legislador, como quiseram os revolucionários, pois também depende da interpretação dos juízes³⁷.

Há que se apontar, contudo, que para John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo a quantidade e o grau de autoridade da legislação não são critérios úteis para distinguir os sistemas do *common law* e do *civil law*. A forma codificada também não seria traço distintivo entre os dois sistemas. O que os diferencia seria a ideologia que subjaz à codificação³⁸.

O estatismo, o nacionalismo e o racionalismo sagraram as ideias de que os códigos modernos do *civil law* deveriam conter leis de origem nacional, que consagassem os novos princípios da revolução liberal, rompendo com a tradição prévia.

Ademais, com o dogma da separação dos poderes, já que apenas o Poder Legislativo podia elaborar as leis, e apenas o Poder Judiciário podia aplicá-las, os códigos precisavam ser completos, coerentes e claros.

Completos, para que os juízes não precisassem produzir o direito. Coerentes e claros, para que, havendo disposições contraditórias ou ambíguas, os juízes não precisassem escolher entre elas, ou entre seus diversos sentidos possíveis, criando direito e violando assim a separação dos poderes.

Tais ideias publicistas, assim como a forma de codificação europeia, foram adotadas nos países de *civil law* da América Latina, da Ásia e da África. Esse modelo difere do *common law*, no qual os códigos não manifestam uma pretensão à completude, e nem é o juiz instado a encontrar dentro dele a base para solucionar determinado caso³⁹.

Notamos, assim, que na tradição jurídica romano-germânica, em decorrência dos ideais das revoluções liberais, as normas apresentam estrutura mais geral e abstrata, e representam a pretensão outrora existente de conter todo o substrato necessário para a resolução dos casos concretos, retirando do juiz, em tese, o poder de criação do direito. Essa pretensão à completude, como se verá mais adiante, mostrou-se falha.

Tendo em vista essa concepção das normas jurídicas no *civil law*, é necessário tratar, a seguir, sobre as fontes do direito nesta tradição jurídica.

³⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 106-108.

³⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 53-61.

³⁹ *Ibidem*, p. 60-61.

1.3. Fontes do direito

Apontaremos as fontes do direito no *civil law*, apenas na medida em que isso é necessário para compreender especialmente o papel da lei e da jurisprudência, o que também servirá de base para o próximo tópico, que trata da função da interpretação e do aplicador do direito.

O interesse, neste ponto, volta-se às denominadas fontes formais do direito, aos meios pelos quais o direito se expressa; e não às chamadas fontes materiais do direito, que podem ser entendidas como os dados de caráter ético, socioeconômico, político e histórico que informam a criação do direito.

Sob esse aspecto, a primeira fonte do direito que deve ser mencionada é a doutrina.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, o direito que existe nos países de *civil law* é fruto de dois momentos históricos principais. O primeiro deles é a redescoberta e o estudo dos textos jurídicos romanos que ocorreu a partir do século XI nas universidades europeias, com destaque para Bolonha. E o segundo abarca as revoluções liberais do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa, que delineou os princípios da liberdade do cidadão e da limitação do poder estatal.

Com relação a este primeiro momento histórico, foi trabalho dos estudiosos compreender e imprimir harmonia ao texto de Justiniano, que havia sido elaborado a partir da solução de casos concretos. Durante os séculos XI a XIX, foi nas universidades que se ensinou e vicejou o direito, sendo, portanto, a doutrina sua principal fonte, por muito tempo, na família romano-germânica.

Desde então, a doutrina ganhou importância que nunca perdeu no *civil law*, pois o direito desses países nasceu como fruto de refinado trabalho intelectual dos estudiosos. Foi somente com a codificação, no contexto das ideias democráticas de limitação do poder estatal – segundo momento apontado por Teresa A. A. Wambier, que a lei passou a ser a fonte primordial do nosso direito⁴⁰.

No entanto, para mencionada autora, assim como para René David, até hoje a doutrina conserva sua posição de relevante fonte do direito, quando influencia o próprio

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 893, p. 33-45, mar. 2010; e também conforme DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 163.

legislador a positivizar tendências, estabelece os métodos segundo os quais o direito será interpretado e descoberto, e até mesmo cria o vocabulário jurídico⁴¹.

É necessário pontuar, entretanto, que existe divergência quanto à aceitação da doutrina como fonte formal do direito. Para alguns estudiosos, na atualidade, apesar de apresentar grande relevância para o esclarecimento dos textos legais e para as proposições de alteração legislativa, a doutrina reveste-se de caráter meramente opinativo, e deriva do ofício particular dos juriconsultos, sendo desprovida da impositividade que caracteriza as fontes formais ou formas de expressão do direito⁴².

Passemos então à análise da lei em sentido amplo como próxima fonte do direito.

O caráter secular da revolução liberal europeia trouxe a consagração do positivismo estatal e da concepção de que o poder legiferante pertencia exclusivamente ao Estado e, mais especificamente, ao Poder Legislativo.

O Estado de Direito busca limitar o poder e, sobretudo, despersonalizá-lo, albergando princípios fundamentais como os da soberania popular, da democracia, da divisão de poderes, da legalidade, da segurança jurídica e da igualdade. Daí decorrem importantes consequências.

O reconhecimento da soberania popular resulta em que o único poder legítimo é o decorrente da vontade do povo, sendo esta vontade representada pelo Parlamento. Com base na necessária separação de poderes, apenas o Parlamento pode legislar⁴³.

O primado do direito e da lei harmoniza-se com o princípio da democracia, que visa a limitar o poder estatal e a garantir os direitos dos cidadãos. A prevalência da lei também se justifica porque o Poder Legislativo, como um organismo estatal, revela-se como a instância social mais apta a coordenar os diversos setores da vida social e a distinguir o interesse comum que deve ser positivado. Por fim, o rigor de redação das leis parece ser a melhor técnica para enunciar regras claras⁴⁴.

Assim, de um modo geral, nos países da família romano-germânica tem-se o entendimento de que a melhor maneira de chegar às soluções impostas pelo direito é com

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 893, p. 33-45, mar. 2010; e também conforme DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 164.

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

⁴³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil law. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v.8, n. 31, p. 147-72, out/dez. 2010.

⁴⁴ DAVID, René. Op. cit, p. 119.

base nas disposições da lei em sentido amplo, considerando-se que são países de direito escrito.

Por tudo isso, nos primórdios da codificação, pareceu triunfar a teoria de que a lei era a fonte exclusiva do direito nos países da família romano-germânica. No século XIX, muitos juristas acreditavam que os códigos haviam extraído a perfeição da razão, e que, portanto, a melhor forma de conhecer o direito era simplesmente que o jurista descobrisse, por meio da interpretação, a solução que correspondesse à vontade da lei⁴⁵.

A lei passou a ser vista como a expressão legítima da vontade do povo, e o juiz deveria decidir os casos concretos com base nos textos positivos, sem recorrer a outras fontes⁴⁶.

No entanto, bem anota René David que “a soberania absoluta da lei é, nos países da família romano-germânica, uma ficção; há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito.”⁴⁷

Confundir o direito com a lei contraria toda a tradição do *civil law*. Justamente porque quando o legislador utiliza-se de fórmulas mais ou menos gerais, ele autoriza tacitamente o intérprete a realizar juízos de valor que não podem ser deduzidos do direito positivo⁴⁸.

Ou seja, a lei não é a fonte de todo o direito; ela é a base e o ponto de partida do raciocínio jurídico, mas é um quadro que cabe ao intérprete completar, para daí extrair a norma. Fica evidente o papel criador que têm a jurisprudência e a doutrina na elaboração do direito, apesar de repetir-se com frequência que a função dos juízes é apenas a de aplicar o texto legal⁴⁹.

Assim, apesar de ter perdurado por determinado período a ideia de que lei e direito se confundem, sendo a lei a única e exclusiva fonte do direito, resta claro que tal entendimento baseia-se em premissas equivocadas, havendo outras fontes que compõem e veiculam as normas jurídicas, mesmo no sistema romano-germânico.

Tendo isso em vista, a próxima fonte do direito que deve ser tratada é o costume.

⁴⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 112-114.

⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 893, p. 33-45, mar. 2010.

⁴⁷ DAVID, René. Op. cit., p. 112.

⁴⁸ Ibidem, p. 131.

⁴⁹ Ibidem, p. 139-142.

Os costumes pertencem a um grupo de fontes do direito de objetividade menor, pois sua formulação exige um procedimento difuso, diferentemente da lei, que é promulgada por meio de procedimentos formais. Parte da doutrina acredita que o costume cria-se, forma-se, impõe-se, sem que possamos localizar um ato sancionador nesse processo; e por isso, nos direitos positivados atuais, o costume teria menos importância como fonte do direito do que já teve no passado⁵⁰.

A doutrina em geral aponta dois requisitos para a força compulsória do costume: o uso continuado e a convicção de sua obrigatoriedade, que o distingue do simples uso.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. entende que o costume, como fonte de normas consuetudinárias, possui em sua estrutura dois elementos: o substancial, que significa o uso reiterado no tempo; e o relacional, que significa que a convicção da obrigatoriedade de um costume advém de um processo de institucionalização, composto por procedimentos, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores. Ou seja, a impositividade das normas consuetudinárias deriva de um processo de institucionalização que as consagra como obrigatórias⁵¹.

Cabe ressaltar, ainda, que podem ser identificados como fontes do direito o costume *secundum legem*, que coincide com a lei; o costume *praeter legem*, que disciplina matérias não tratadas pela lei, apresentando grande relevância para o preenchimento de lacunas; e o costume *contra legem*, que vai de encontro à lei, sendo este rejeitado por parte da doutrina⁵².

De toda maneira, independentemente de reconhecer-se maior ou menor proeminência ao costume, não se pode negar que constitui relevante fonte do direito.

Prosseguindo no rol das fontes do direito, devemos então tratar da jurisprudência. Seu papel dentre as fontes diferencia a família romano-germânica dos direitos do *common law*.

Neste ponto, a doutrina divide-se quanto a considerar a jurisprudência como fonte do direito ou não.

Para parte dos estudiosos, a própria existência de compilações ou repositórios de jurisprudência já denota que a jurisprudência é fonte de direito; do contrário, tais coletâneas não teriam razão de ser, apresentando um valor meramente sociológico.

⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 197.

⁵¹ *Ibidem*, p. 199.

⁵² *Idem*.

Ademais, os diversos procedimentos utilizados para estabilizar a jurisprudência, conferindo maior certeza e segurança ao direito, também colocariam em evidência seu relevante papel de fonte do direito. A função criadora da jurisprudência seria dissimulada, em geral, por trás da aparência de interpretação da lei⁵³.

Para René David, podem ser apontadas duas principais diferenças entre as regras de direito formuladas pelo legislador e as regras de direito jurisprudencial. A primeira diferença situa-se no fato de que é o legislador que estabelece os quadros do direito, dentro dos quais a jurisprudência, por sua vez, vai se mover. Por isso, o alcance do direito jurisprudencial é mais limitado, colocando as famílias do *civil law* em situação diversa do que se dá no *common law*.

Em segundo lugar, as regras de direito estabelecidas pela jurisprudência não têm a mesma autoridade que aquelas estabelecidas pelo legislador, pois que as primeiras podem ser modificadas a qualquer tempo, e não vinculam o aplicador do direito⁵⁴.

Este autor aponta que a rejeição da regra do precedente obrigatório nos países do *civil law* não é um mero acaso, mas sim resultado da concepção sobre a regra de direito que ali vigorou desde a Idade Média. A regra de direito sempre foi entendida como de origem necessariamente legislativa ou doutrinal, pois ela deve ser geral e abarcar uma série de casos típicos que vão além das particularidades de um único caso concreto⁵⁵.

Ademais, principiologicamente, a tradição do *civil law* sempre defendeu que o juiz não deveria se tornar legislador. Assim, René David entende que a jurisprudência é fonte de direito, mas não é fonte de *regras de direito*. Para ele, esta concepção geral da função da jurisprudência assegura a unidade da família de direito romano-germânica⁵⁶.

Por sua vez, aqueles que negam à jurisprudência o caráter de fonte do direito fundam-se nas seguintes características do modelo romano-germânico: não vinculação dos juízes inferiores às decisões dos tribunais superiores; não vinculação dos juízes às decisões

⁵³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 148 e 159.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 150-151.

⁵⁵ Para exceções em que a regra do precedente obrigatório é adotada em países da família romano-germânica, vide DAVID, René. *Op. cit.*, 2014, p. 160.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 151.

dos demais julgadores de mesma hierarquia; e não vinculação dos juízes e tribunais às suas próprias decisões anteriores⁵⁷.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. entende que a jurisprudência é fonte interpretativa da lei, mas não chega a constituir fonte do direito.

Ainda assim, para ele, é inegável o papel da jurisprudência na constituição do direito, mesmo na família do *civil law*. O respeito à lei e a proibição de contrariá-la são regras estruturais do sistema, mas as interpretações uniformes e constantes dão um sentido geral de orientação à lei que acaba prevalecendo de fato, apesar de não obrigar.

Ademais, nos casos de lacuna, são elaboradas verdadeiras normas jurídicas por meio da jurisprudência. Mas referido autor trata esse fenômeno como uma espécie de costume *praeter legem*, que seria fonte do direito. De todo modo, conclui o autor que apenas em casos excepcionais de decisões *contra legem* a jurisprudência pode ser tratada como fonte do direito⁵⁸.

Para outros autores ainda, a jurisprudência pode ser declarada como fonte formal do direito, apenas e tão somente quando se apresenta com força vinculativa declarada pelo ordenamento jurídico (caso da súmula vinculante, por exemplo)⁵⁹.

Pode-se constatar a divergência de opiniões quanto ao papel da jurisprudência no *civil law*, justamente em face das características presentes no desenvolvimento desta tradição, que em determinado período proscreveu o poder interpretativo do juiz.

Por fim, os princípios gerais de direito e a equidade também devem ser relacionados como fonte do direito. Os juristas colaboram com a criação do direito quando se utilizam de princípios gerais que podem ser descobertos tanto no próprio texto da lei, quanto fora dele.

O próprio legislador muitas vezes reclama a colaboração dos juristas quando se exprime em termos propositalmente gerais, remetendo a aplicação da lei aos usos, aos bons costumes, à ordem pública. Tal recurso permite que o texto estrito da lei não culmine em flagrantes afrontas à equidade e à justiça⁶⁰.

⁵⁷ Cf. exposto por FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 201-202.

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

⁶⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 167.

Parte da doutrina ressalva que tais elementos devem ser considerados fontes formais subsidiárias do direito, apenas quando o próprio ordenamento jurídico o autoriza, ou quando a utilização do direito escrito se revelar insuficiente para a solução da controvérsia⁶¹.

É preciso ressaltar que, apesar de haver inúmeras posições diferentes acerca de quais são as fontes formais do direito no *civil law*, o *status* da lei em sentido amplo, como fonte formal principal, é o ponto em que mais fortemente convergem os entendimentos. Clara herança do desenvolvimento por que passou nossa tradição jurídica ao longo dos últimos séculos.

Uma vez pontuado o papel da lei e da jurisprudência como fontes do direito no *civil law*, é preciso tratar da função do intérprete e aplicador desse direito, o que será realizado no tópico seguinte.

1.4. A função da interpretação e do aplicador do direito

Antes da Revolução Francesa, os membros do Poder Judiciário francês provinham da nobreza. Os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que deveriam ser utilizados como propriedade particular, apta a render frutos pessoais. Por isso mesmo, os juízes não tinham qualquer compromisso com a legalidade e a igualdade, e mantinham fortes laços com a aristocracia feudal, que era favorecida pelos aplicadores da lei⁶².

Tais juízes negavam-se a aplicar a legislação contrária aos interesses de seus protegidos, e interpretavam a lei de modo a manter o *status quo*, sem qualquer isenção. As ideias revolucionárias pela igualdade impunham a cessação deste comportamento.

Por isso teve grande aceitação a obra de Montesquieu, que pregava:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.⁶³

Dessa forma, surgiu a necessidade de divisão dos poderes, e principalmente de impor-se uma clara distinção entre as funções do legislador e do aplicador da lei, limitando a atividade do judiciário, que deveria ficar subordinado de forma rígida ao Parlamento⁶⁴.

No contexto das revoluções liberais europeias também se consolidou o caráter secular do Estado, com a ideia de que a soberania exige a exclusividade estatal na produção legislativa. Assim, a conjugação do positivismo estatal com a teoria da estrita separação de poderes exigiu que a elaboração das leis competisse unicamente ao Poder Legislativo, como representante da vontade popular, de forma que o Poder Judiciário não deveria se imiscuir nesta tarefa.

A partir daí, a lei é aquilo que o legislador diz que é, e os juízes são apenas seus porta-vozes, autômatos, por meio dos quais a lei é expressa e o legislador fala. Em todas as suas decisões, o juiz deveria ser obrigado a referir-se ao artigo de lei em que estava fundamentada; ele é apenas a “boca da lei”⁶⁵. Consoante a Lei Revolucionária francesa de 1790, quando não pudesse identificar a norma aplicável ao caso concreto, o juiz deveria recorrer ao próprio Poder Legislativo, para que realizasse a “interpretação autorizada” ou editasse uma nova lei⁶⁶. O imperador Napoleão Bonaparte chegou até mesmo a proibir os comentários aos seus Códigos.

John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo entendem que, como resultado destes fatores, há o reconhecimento das normas legais, dos regulamentos administrativos e do costume, mas não da jurisprudência, como fonte do direito no *civil law*. A partir da separação de poderes, a função dos juízes restringe-se a recorrer à lei e a aplicá-la para solucionar os casos concretos⁶⁷. Portanto, os magistrados teriam somente a função de aplicar, mas não de criar a lei.

⁶³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

⁶⁵ CAENEGEM, R. C. Van. “Oráculos da Lei” ou “*Bouche de la Loi*”: considerações históricas sobre o papel dos juízes. In HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (coords.). *Seminário Internacional “O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental”*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 40.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 57.

⁶⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 45-51.

Consequência disto é que os juízes, ao menos em teoria, não devem recorrer a outras decisões judiciais, e nem se vinculam a elas, para o julgamento de um novo caso, de tal forma que nem mesmo o entendimento de um tribunal superior sobre determinado assunto vincula os órgãos judiciários inferiores⁶⁸.

A função do juiz se resumia meramente a encontrar o dispositivo legal correto, subsumir a situação fática a ele, e chancelar a solução quase automaticamente produzida por este silogismo⁶⁹.

O racionalismo exacerbado da época pressupunha que a tarefa judicial poderia ser apenas a de identificar a norma aplicável para a solução do litígio. Tal racionalismo também orientou a arquitetura legislativa almejada, de forma que era desejável que nunca houvesse ausência, e nem mesmo conflito, entre as normas. O Código Prussiano de 1793 continha mais de 17.000 artigos, no intento de regular toda e qualquer situação fática, por mais específica que fosse⁷⁰. Não é preciso dizer que fracassou em seu intento.

A ideologia revolucionária “pressupunha que a legislação sistematizada seria clara, completa e coerente, reduzindo a função do juiz a de um mero aplicador da norma aos fatos”. Mas essa falácia rapidamente se revelou, eis que um código nunca pode ser completo e absolutamente coerente, e por mais que os textos legais subsistam inalterados, seu significado e aplicação necessariamente mudam em resposta a necessidades concretas que o legislador sequer imaginou⁷¹.

Assim, a atividade judicial acaba por gerar inúmeras interpretações divergentes e até contraditórias sobre o mesmo texto legal, levando a julgamentos diferentes para as mesmas questões fáticas.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta que, nos sistemas de *common law*, não se caiu no engano de que o juiz não pode interpretar a lei; por isso, para se garantir a segurança e a previsibilidade e evitar decisões divergentes, adotou-se a autoridade dos precedentes⁷².

⁶⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 78.

⁶⁹ Ibidem, p. 66.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53 e 57.

⁷¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 73-74.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 61-62.

A visão sobre a função aplicador do direito no ordenamento estadunidense encontra excelente exemplo na visão de Bernard Schwartz, conforme relevante excerto de sua obra a seguir transcrito:

A Constituição americana não pretende apresentar os seus dispositivos com tóda a minúcia. Outrossim, o que talvez seja ainda mais importante, *não é um documento auto-executável. O deve estabelecido pela Assembleia Constituinte de 1787 precisa passar pelo crivo da interpretação judicial antes de adquirir a condição prática de um é*. Em certo sentido, isso acontece com tóda a legislação; mas ocorre especialmente com uma Constituição cujos estatutos, forçosamente, devem ser menos específicos e menos detalhados do que os de uma lei comum. *A Constituição, na prática, é o que os tribunais estabelecem que ela seja*⁷³. (sic) (grifos acrescentados)

Já nos sistemas de *civil law*, quis-se garantir a segurança jurídica por meio da proibição aos juízes de interpretarem a lei, o que obviamente não surtiu efeitos, gerando problema relevante de falta de previsibilidade para o jurisdicionado⁷⁴.

A busca da certeza jurídica sempre foi um dogma do *civil law*. No interesse da certeza, os juízes foram proibidos de produzir o direito, e sua aplicação e interpretação deveriam ser tão automáticas quanto possível. Acreditava-se que se não houvesse controle sobre a forma como os juízes interpretam a legislação, o resultado seria a incerteza do direito. Por isso, a força vinculante do precedente judicial foi rejeitada, para que aos juízes não fosse dado criar o direito.

Por sua vez, no *common law*, a busca pela certeza jurídica foi um argumento favorável ao *stare decisis*, na medida em que a acumulação de decisões judiciais ao longo do tempo propicia uma variedade de exemplos concretos e detalhados de aplicação das normas, de forma que essa quantidade de decisões dará maior certeza sobre o direito aplicável⁷⁵.

⁷³ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 18. O autor, na página 21 da mesma obra, complementa com o seguinte entendimento, que vale transcrever por sua clareza: “O Direito Constitucional americano, como também o inglês, provém essencialmente das decisões dos tribunais. Tais decisões, evidentemente, baseiam-se em dispositivos da lei orgânica americana. Contudo, como tão frequentemente acontece com qualquer texto legal que está em vigor há já algum tempo, a sua interpretação pelos tribunais tornou-se, em vários aspectos, mais importante do que o próprio texto sucinto. É justamente por essa interpretação, como exemplificado na lei casuística, que o jurista americano se interessa fundamentalmente.”

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61-62.

⁷⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 81-82.

Assim, a vinculação ao precedente no *common law* possibilita a previsibilidade jurídica das decisões, em muito maior medida do que uma irreal proposta de aplicação da lei que prescindiria da interpretação e da interferência do magistrado.

Esse foi o papel tradicionalmente imaginado para a interpretação e para o aplicador do direito no *civil law*, o que trouxe muitas consequências, em especial com relação ao controle de constitucionalidade. Uma vez exposto isso, trataremos no próximo tópico sobre a adoção desta tradição jurídica no Brasil.

1.5. A adoção do *civil law* no Brasil

A península Ibérica tornou-se uma colônia romana no século II a.C. Ali, o direito romano sofreu vulgarização, mesclou-se com os direitos locais pré-romanos e com as disposições especificamente promulgadas por Roma para esta província. Assim, ainda que o direito não coincidissem com o direito romano clássico, formou-se na região um sólido substrato jurídico de tipo romanístico⁷⁶.

As invasões germânicas (séculos V a VIII) e muçulmanas (séculos VIII a XV) à península Ibérica vieram contribuir para o sincretismo do direito que ali se desenvolveu. No entanto, a retomada dos estudos jurídicos em Bolonha, a partir do século XI, levou o direito romano a penetrar novamente na península Ibérica, tornando-se, também ali, um direito comum⁷⁷. A recepção do direito romano em Portugal deveu-se principalmente ao retorno dos portugueses que haviam estudado na Itália, e difundiram esse conhecimento na universidade fundada por Dom Diniz em 1254 em Lisboa, depois transferida para Coimbra⁷⁸.

A consolidação da monarquia portuguesa trouxe a necessidade de uma reorganização legislativa geral, imperativa em vista do pluralismo jurídico e das diversas normas acumuladas durante o tempo. Assim, Portugal, antes mesmo que a Espanha, reorganizou as leis gerais, decisões régias, bulas pontifícias, normas consuetudinárias, sentenças de tribunais e normas de origem romana e canônica nas Ordenações Afonsinas

⁷⁶ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 225-226.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Panorama of brazilian civil law from its origins to the present*. In DOLINGER, J.; ROSENN, K. S. (eds). *Panorama of Brazilian Law*. Florida: University of Miami North-South Center/Esplanada, 1992, p. 88.

(1446-1447), depois atualizadas por meio das Ordenações Manuelinas (1521), estas últimas já aplicadas no Brasil, em virtude da colonização portuguesa, para reger o sistema das capitanias hereditárias. A partir de 1603, as Ordenações Filipinas substituem as Manuelinas na disciplina do direito no Brasil, vigorando aqui até 1916⁷⁹.

A romanização do direito português deve-se em grande parte às três mencionadas Ordenações. Tanto em virtude de seu conteúdo, quanto das omissões apresentadas. Isso porque, além de terem sido inspiradas em princípios do direito romano, essas Ordenações adotaram a prática de utilizar o direito romano como fonte subsidiária para o preenchimento de lacunas. As Ordenações Afonsinas já previam que, na ausência de leis do Reino de Portugal ou de costumes, os casos deveriam ser resolvidos pelo recurso ao direito romano ou ao direito canônico, quando aplicável. Em não havendo regra para tal, as cortes deveriam se embasar na Glosa de Acúrsio e, subsidiariamente, na *opinio Bartoli*⁸⁰.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808, a assimilação do direito português em nosso país foi ainda mais aprofundada. Dessa forma, a tradição jurídica brasileira está fundada nos princípios basilares da família romano-germânica, por meio do direito trazido de Portugal.

A preservação da tradição romano-germânica no Brasil deveu-se substancialmente à Consolidação das Leis Civis e ao Esboço de Código Civil, elaborados por Teixeira de Freitas no século XIX, e ao Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Bevilacqua, todos inspirados fortemente no direito romano e português⁸¹.

Assim, fica explicitada a adoção da tradição do *civil law* no Brasil.

Neste primeiro capítulo foi preciso apontar as características gerais da família romano-germânica, incluindo comentários sobre a estrutura e função de suas normas, as fontes principais do direito, e a função da interpretação e do aplicador do direito.

A análise destes elementos é parte introdutória deste trabalho, mas é relevante na medida em que fornece uma ideia geral sobre os caracteres fundantes do ordenamento jurídico brasileiro, caracteres esses que serão a seguir examinados em sua relação com o sistema de controle de constitucionalidade difuso adotado em nosso país.

⁷⁹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 226-227 e 264.

⁸⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Panorama of brazilian civil law from its origins to the present*. In DOLINGER, J.; ROSENN, K. S. (eds). *Panorama of Brazilian Law*. Florida: University of Miami North-South Center/Esplanada, 1992, p. 88.

⁸¹ *Ibidem*, p. 92-103.

É importante ressaltar, novamente, que este estudo não tem por pretensão tratar da formação histórica ou das peculiaridades apresentadas em cada ordenamento jurídico que faz parte da família romano-germânica; almejou-se, apenas, apontar as características gerais que vieram a individualizar esse grupo do direito, na medida em que também constituíram as diretrizes essenciais do ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, uma vez apontadas as características gerais do *civil law*, presentes também na ordem jurídica brasileira, passaremos ao estudo do sistema de controle de constitucionalidade adotado em nosso país.

2. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Este capítulo tem por objetivo apontar as principais características do sistema difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade, que foi adotado no Brasil. Para isso, inicialmente será estabelecida a relação do movimento denominado constitucionalismo com o surgimento dos modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade, para que então se possa dedicar maior atenção ao sistema difuso.

2.1 A ascensão da Constituição como norma fundamental

Desde a Antiguidade está presente a concepção de que, dentre as leis, existem algumas que ostentam objeto especial: a organização do poder⁸². No entanto, essa ideia nem sempre foi associada às Constituições, como as enxergamos atualmente.

Elival da Silva Ramos pontua que a supremacia da Constituição pode ser vista sob dois ângulos distintos, o material e o formal. Em sentido material, a ideia da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico relaciona-se com a natureza estrutural da matéria versada em tais preceitos.

Essa concepção já pode ser constatada na sociedade ateniense, e na Idade Média era cultivada pelo pensamento jusnaturalista, que via o direito natural como um conjunto de normas de derivação divina, situadas como normas superiores, e nas quais todas as demais deveriam inspirar-se.

Já a supremacia da Constituição em termos hierárquico-formais está relacionada ao surgimento das Constituições-ato no final da Idade Moderna, como ato de vontade de um Poder dotado de capacidade para impor sua observância⁸³.

Sob esse aspecto, o reconhecimento da posição de supremacia da Constituição dos Estados é fenômeno recente, que teve origem nos ideais que guiaram as revoluções liberais

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

⁸³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

do século XVIII, em busca da limitação do poder estatal e da garantia das liberdades dos cidadãos⁸⁴.

Nesse sentido, denomina-se constitucionalismo moderno a ideologia que sustenta o princípio do governo limitado, como forma de estruturar a organização político-social de uma comunidade, indispensável à garantia dos direitos⁸⁵.

Para José Afonso da Silva, o princípio da supremacia da Constituição significa que ela se coloca no vértice do sistema jurídico do país, ao qual confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela o reconheça, bem como na proporção por ela distribuídos; é, enfim, a lei suprema do Estado⁸⁶.

A supremacia hierárquico-formal da Constituição traz como primeira consequência a rigidez das normas constitucionais, de modo que elas não podem ser alteradas por leis ordinárias. Afinal, se a Constituição é suprema, é intolerável admitir que o legislador infraconstitucional pode alterar a obra do Poder Constituinte por meio de procedimentos ordinários. Daí decorre a segunda consequência da supremacia constitucional: o controle de constitucionalidade. Isso porque, de nada adiantaria vedar o desrespeito à Constituição, caso não houvesse mecanismos de controle da compatibilidade dos atos infraconstitucionais com a lei suprema⁸⁷.

Partindo-se dessas premissas, é possível afirmar que há consenso doutrinário quanto à ideia de que o princípio da supremacia das normas constitucionais está na base da fundamentação teórica do controle de constitucionalidade⁸⁸. Por isso mesmo, apontaremos esse movimento de ascensão da Constituição tanto nos Estados Unidos da América quanto na Europa, para melhor compreender o surgimento do controle de constitucionalidade nesses dois contextos.

2.1.1 O constitucionalismo nos Estados Unidos da América

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 51.

⁸⁶ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 19.

Bernard Schwartz entende que, tendo acabado de participar de uma revolução contra a autoridade governamental excessiva da metrópole inglesa, a preocupação fundamental dos patriarcas da independência norte-americana era garantir a impossibilidade de excessos semelhantes na estrutura constitucional que estavam estabelecendo.

Assim, um dos principais objetivos da Constituição de 1787 foi evitar a concentração de poder político. Confira-se a visão de mencionado autor:

A doutrina da separação dos poderes tornou-se assim a pedra fundamental da estrutura política criada em 1787. Os três departamentos ou ramos do Governo deveriam ser separados e distintos. Cada um deveria ser independente dos outros e só poderia exercer o tipo de autoridade – legislativa, executiva ou judiciária – que lhe fôsse delegado pela Constituição.⁸⁹ (*sic*)

Considerando-se que a independência estadunidense deu-se no contexto de grande desconfiança com relação às leis tributárias dos colonizadores britânicos, desde o princípio estabeleceu-se nesse novo Estado a necessidade de limitar o poder dos legisladores, de forma que a Constituição serviu de instrumento para a submissão dos poderes a determinados limites.

Por isso mesmo, desde então se atentou para a necessidade de garantir a supremacia da Constituição, o que resultou no desenvolvimento do modelo de fiscalização de constitucionalidade das leis denominado *judicial review*, como meio de assegurar que as normas infraconstitucionais não desrespeitem a Lei Maior⁹⁰.

Outro fator que impulsionou a supremacia da Constituição americana foi a adoção da forma federativa de Estado. A necessidade de imprimir estabilidade e unidade, bem como de solucionar as disputas surgidas entre os Estados americanos independentes, reunidos sob a forma de Confederação, foi uma das razões que levou à convocação da Convenção da Filadélfia. Em 1787, tal Convenção aprovou a norma que permanece até hoje como a única Constituição escrita desse país, como nação independente e soberana

⁸⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 19.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48-49.

sob a forma federativa⁹¹. A partir daí, a Constituição desempenhou o relevante papel de manter a coesão entre as unidades federativas.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que esta Constituição criou a primeira República Federativa e Presidencialista de que se tem notícia, ostentando a qualificação de paradigma do constitucionalismo moderno, como a primeira Constituição escrita deste movimento jurídico⁹².

Em vista desses fatores, como a necessidade de limitação do poder e de imprimir coesão entre as unidades federativas, desde o início do século XIX a Constituição gozou do prestígio de norma fundamental e suprema nos Estados Unidos.

A Constituição Federal estadunidense de 1787 estabelece em seu artigo VI:

*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding.*⁹³

Ou seja, em tradução livre, a Constituição e as leis elaboradas em sua consonância, bem como os tratados realizados sob a autoridade dos Estados Unidos, são a lei suprema da nação; e os juízes de todos os Estados federados a ela se vinculam, não prevalecendo qualquer disposição estadual contrária.

Para Mauro Cappelletti, este texto, em conjunto com a interpretação que dele se impôs a partir da decisão do juiz da Suprema Corte John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, foram os responsáveis por fixar a supremacia da Constituição, e por obrigar os juízes a negar aplicação às leis que lhe contrariassem. Este ponto será melhor desenvolvido em item ulterior.

Mencionado autor ressalta ainda que foi esta Constituição a primeira a adotar o modelo rígido, consagrando a ideia da supremacia constitucional sobre as leis ordinárias, e dando início ao modelo do constitucionalismo. Antes da adoção do *judicial review* nesse país, nada de semelhante havia sido criado nos Estados europeus⁹⁴.

⁹¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50.

⁹² Idem.

⁹³ Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 22/10/2016.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 46- 47.

2.1.2 O constitucionalismo na Europa

Por sua vez, o reconhecimento do valor jurídico das Constituições na Europa continental tardou mais do que nos Estados Unidos⁹⁵.

No século XVIII, no continente europeu, as doutrinas contratualistas preparavam o advento das Constituições. Enxergavam o soberano como depositário do poder consensualmente delegado pelos cidadãos, aos quais ele devia prestar contas⁹⁶.

Assim, o movimento político e jurídico que almejava adotar princípios democrático-liberais acabou por refletir também na conformação do direito positivo, inclusive com a valorização da forma escrita e rígida de Constituição, que disciplina os limites e os procedimentos para aquisição e exercício do poder⁹⁷.

Apesar disso, a ideologia revolucionária vigente na época levou a uma impossibilidade de se desenvolver, desde logo, mecanismos de defesa da Constituição.

A Revolução Francesa de 1789 propagava a superação do Antigo Regime, e uma visão radical da soberania popular obteve larga aceitação. As ideias contratualistas de Jean Jacques Rousseau, aliadas à necessidade de divisão de Poderes defendida por Montesquieu, deram as bases para a visão de que, sendo o povo soberano, sua vontade suprema deveria ser manifestada por seus representantes no Parlamento⁹⁸.

Consagrou-se a doutrina da supremacia da lei e do Parlamento, como expressão da vontade geral. Ademais, o Poder Judiciário era visto com grande desconfiança pelos revolucionários, tendo em vista que os juízes do Antigo Regime eram oriundos da aristocracia. Assim como o monarca era encarado como um perigo à nova ordem de garantias de direitos.

Por tudo isso, ganhou força a ideia de que a lei, expressão do povo soberano, não poderia ser limitada e nem controlada por outros órgãos, especialmente pelos juízes, que deviam se ater à função de meros instrumentos de pronúncia do texto legal. Nesse cenário, a falta de operatividade jurídica da Constituição deveu-se, sobretudo, ao desinteresse dos

⁹⁵ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

⁹⁶ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 76.

⁹⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-16.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44-45.

revolucionários europeus pelo desenvolvimento de mecanismos destinados a resguardar a ordem constitucional, fixos na ideia da superioridade da lei e do Parlamento⁹⁹.

Sintomática é a lei francesa de 1790 que prescreveu que os tribunais deveriam se dirigir ao Parlamento sempre que fosse necessário interpretar uma lei, ou criar uma nova¹⁰⁰, ressaltando a submissão do Judiciário ao Poder Legislativo até mesmo na tarefa de interpretação legislativa.

Considerando-se que o modelo francês influenciou muitas Constituições, o controle judicial de constitucionalidade foi ignorado durante grande parte do século XIX.

As Constituições posteriores à Primeira Guerra Mundial renovaram o interesse acadêmico por esse controle jurisdicional de constitucionalidade, mas o instituto não ganhou vida real praticamente em parte nenhuma, exceto na Áustria. Karl Loewenstein ressalta que, sob a Constituição de Weimar, o Tribunal Supremo não passou de suave *obiter dicta*, e sob sua jurisdição, nenhuma lei foi declarada inconstitucional¹⁰¹.

Além da ausência de instrumentos efetivos de fiscalização da Constituição, na Europa do século XIX predominavam as figuras do Direito Privado, como as obrigações, os contratos e a propriedade, cerne das preocupações liberais.

Foram somente as necessidades sociais que demonstraram a insuficiência do Estado liberal que fizeram ascender, no século XX, o Direito Público e a Constituição como norma central dos ordenamentos, trazendo a lume o entendimento de que toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição¹⁰². Só assim restou demonstrada a necessidade de se organizar tribunais superiores com a função de realizar esta interpretação, em última instância.

A partir daí, a Justiça Constitucional desenvolveu-se na Europa, e a Constituição passou a deter o *status* e a força de norma superior do ordenamento jurídico, acabando superada a supremacia da lei e do Parlamento¹⁰³.

Nesse contexto, o final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para a composição de uma nova ordem social, política e jurídica. Os horrores perpetrados nesse

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 402.

¹⁰¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 316.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 36.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 47-48.

período tornaram claro aos juristas, e em especial aos Tribunais Constitucionais, que a validade de uma lei não podia ser examinada tão somente quanto à regularidade de seu processo legislativo. Ou seja, apesar de formalmente regular, nem todo conteúdo pode ser positivado e considerado como direito.

Essa conjuntura histórica acabou por agregar aos Tribunais Constitucionais o papel de efetiva proteção dos direitos fundamentais, ademais da garantia dos valores democráticos da liberdade e da organização do poder¹⁰⁴. André Ramos Tavares ressalta que, no Estado constitucional, “a lei deixa de ser incontrastável, considerando-se seu controle uma tarefa própria do Tribunal Constitucional”; no entanto, isso não seria suficiente para garantir a supremacia da Constituição, fazendo-se necessário que tal Tribunal julgue as disputas de competência entre órgãos constitucionais e entre órgãos territoriais, bem como efetive o desenvolvimento dos direitos humanos, consistindo tudo isso na diferença entre a supremacia da Constituição e seu abandono¹⁰⁵.

Portanto, com a adoção das modernas constituições rígidas, que incorporaram novas concepções econômicas e sociais, e com o estabelecimento do controle de constitucionalidade em diversos países da Europa, o centro de gravidade do direito começou a se alterar do código civil para a Constituição; do direito privado para o direito público; da justiça ordinária para a justiça constitucional; e do positivismo legal para os princípios constitucionais¹⁰⁶.

Lenio Luiz Streck adiciona que na segunda metade do século XIX a consolidação territorial dos Estados levou a tentativas de organização federal, a exemplo da Suíça e da Alemanha, reforçando a necessidade de garantir a superioridade normativa da Constituição, para a resolução de conflitos entre órgãos de Estado. Assim, o desenvolvimento do federalismo foi mais um fator que contribuiu para a jurisdição constitucional na Europa continental. Nas palavras do autor, “há, pois, uma nítida vinculação entre federalismo e justiça constitucional”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104-105.

¹⁰⁵ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

¹⁰⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 198.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 412.

A estrutura federal exige a presença de mecanismos de solução de conflitos entre os entes federados, para manter-se a coesão da unidade nacional, conforme estabelecido na Constituição. Assim, a ideia de federação clama pelo desenvolvimento da jurisdição constitucional. A doutrina menciona, inclusive, que os primeiros sinais de uma jurisdição constitucional institucionalizada apareceram em países que adotaram a forma federativa¹⁰⁸.

Demais disso, a universalização do voto deu nova configuração ao Parlamento, que passou a abrigar representantes de diversos grupos, apresentando conflitos ideológicos e produzindo leis representativas dos interesses concretos dos grupos ali representados. Isso levou a uma desmitificação da lei em face da Constituição, outro fator que impulsionou a supremacia da Lei Maior¹⁰⁹.

Desse modo, contribuíram para a ascensão do valor jurídico das Constituições europeias, em primeiro lugar, o fator liberal de necessidade de limitação do poder. Em segundo lugar, e posteriormente, a necessidade de se garantir os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. E ainda, paralelamente, a difusão da forma federativa de Estado.

Georges Abboud ressalta que, atualmente, é impensável um Estado sem Constituição. Na ausência de tal norma fundamental, não se saberia quais são os órgãos supremos do Estado, como se formam, como expressam sua vontade e que limites possuem. Tampouco se saberia como se situam os particulares nessa organização política e quais são seus direitos e garantias perante o Estado¹¹⁰.

Portanto, reconhecida a supremacia da Constituição, ela apenas pode permanecer como norma superior se houver meios que garantam a sua incolumidade. Daí a imprescindibilidade do estudo do controle de constitucionalidade.

Cabe observar que a Justiça Constitucional abrange uma série de mecanismos que visam, em última instância, à tutela e à atuação dos preceitos da suprema lei constitucional. Interessa a este estudo, unicamente, a dimensão da Justiça Constitucional que trata do controle de constitucionalidade das leis; mais especificamente, o denominado controle *jurisdicional* de constitucionalidade, realizado por determinados órgãos no exercício de sua função de dizer o direito. Ressalva-se que não há consenso doutrinário sobre o alcance das expressões “Justiça Constitucional” e “jurisdição constitucional”, que são muitas vezes

¹⁰⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46-47.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

utilizadas como sinônimos¹¹¹. Neste trabalho, serão trazidas as expressões conforme foram empregadas por cada um dos autores citados.

Assim, uma vez delineado o contexto de ascensão da Constituição como norma fundamental dos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos e da Europa continental, passaremos a apontar como se deu o surgimento do controle de constitucionalidade nesses locais.

2.2 Origem histórica do controle de constitucionalidade

Historicamente, desenvolveram-se dois sistemas de controle de constitucionalidade, segundo a atribuição da competência para a defesa da Constituição: o difuso, nos Estados Unidos da América, e o concentrado, na Europa continental. Abordaremos a origem destes dois modelos de controle, considerando que ambos representaram importante papel para a conformação do sistema brasileiro.

É preciso ressaltar que o controle de constitucionalidade pode ser exercido por órgãos de natureza política ou jurisdicional, sendo que apenas este último será analisado.

2.2.1 Nos Estados Unidos da América

O precedente imediato, que mais diretamente inspirou o instituto do controle judicial de constitucionalidade americano é considerado por muitos como o caso Bonham¹¹² (*Bonham's case – The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham*).

Trata-se da disputa entre o médico Thomas Bonham e o Colégio de Médicos da Inglaterra, responsável pela concessão de licenças para a prática da medicina. Em breve resumo, tal Colégio vedou a prática da medicina por Thomas Bonham, que foi preso ao contestar a autoridade do Colégio. O caso foi julgado pelo Chefe de Justiça Edward Coke, que entendeu que o *common law* regula e controla os atos do Parlamento, e em certas

¹¹¹ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141-142.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 57. Ressalta-se que o papel e a relevância do caso Bonham para o desenvolvimento do *judicial review* são contestados por autores como Ruth Wyatt Helmholz, vide *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*. *Journal of Legal Analysis*, Volume 1, Number 1, p. 325-354, Winter 2009. Disponível em <<https://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em 29/10/2016.

ocasiões julga-os nulos, uma vez que, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comum, o *common law* o controlará e o julgará nulo¹¹³.

Para Mauro Cappelletti, a doutrina de Lord Coke era um instrumento de luta contra o absolutismo do Rei, por um lado, e a autoridade do Parlamento, por outro, em defesa da supremacia do *common law*. E para o doutrinador inglês, cabia aos juízes garantir tal supremacia¹¹⁴.

Assim, no caso em questão, Sir Edward Coke decidiu que a lei que permitia ao Colégio de Médicos aplicar sanções em procedimentos nos quais ele seria a um só tempo parte acusadora e também juiz seria desarrazoada, ao contrariar o preceito consolidado no *common law* de que ninguém pode ser simultaneamente parte e juiz no mesmo processo¹¹⁵.

Parte da doutrina vê nesta decisão de Coke a afirmação da existência de um direito superior à lei do Parlamento, bem como a declaração de que cabe ao Poder Judiciário limitar os demais poderes, buscando resguardar a supremacia das normas superiores, de onde se poderia extrair os princípios basilares do *judicial review*¹¹⁶.

É importante ressaltar que a interpretação do caso Bonham é controversa, e certos autores não veem nele qualquer elemento que tenha encorajado o desenvolvimento do *judicial review*, a exemplo da posição de Ruth Wyatt Helmholtz¹¹⁷.

De toda sorte, uma vez mencionado este tão comentado precedente, é necessário apontar o caso que levou à consagração da doutrina da *judicial review* propriamente dita.

Bernard Schwartz entende que a diferença básica entre os sistemas americano e inglês não reside na presença ou na ausência de uma Constituição escrita, mas tem origem na rejeição americana da doutrina inglesa da supremacia Parlamentar, com a adoção da supremacia da Constituição¹¹⁸.

¹¹³ Confirma-se o ensinamento de Edward Coke: “*the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void.*” (extraído de HELMHOLTZ, R. H. Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature. *Journal of Legal Analysis*, Volume 1, Number 1, p. 327, Winter 2009. Disponível em <<https://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em 29/10/2016).

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 60.

¹¹⁵ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 519.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 520.

¹¹⁷ Vide a esse respeito HELMHOLTZ, R. H. Op. cit., p. 325-354.

¹¹⁸ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 22.

A autoridade dos tribunais americanos para defendê-la e rever a inconstitucionalidade das leis não se origina de qualquer delegação expressa na Constituição, mas foi assumida pela própria Corte Suprema em ousada decisão¹¹⁹.

O caso em questão é *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, presidida então pelo Chefe de Justiça John Marshall, em 1803.

A controvérsia trata da nomeação do juiz de paz William Marbury pelo Presidente John Adams. O diploma de nomeação deste juiz não foi expedido antes que o novo Presidente eleito, Thomas Jefferson, substituísse John Adams. Visando a assumir seu cargo, Marbury ajuizou uma ação (*writ of mandamus*) perante a Suprema Corte, requerendo que o Secretário de Estado James Madison lhe entregasse referido diploma.

Em sua decisão, Marshall julgou inconstitucional a norma que conferiu competência à Suprema Corte para apreciar os *writs of mandamus* em casos não admitidos pela Constituição¹²⁰.

Para o Chefe de Justiça, evidentemente é dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra, e quando duas leis estão em conflito, o tribunal deve decidir acerca da prevalência de uma delas.

Prossegue Marshall enfatizando que, dentre as seguintes duas alternativas, não há meio termo: ou a Constituição é uma norma superior, que não pode ser alterada pelos meios comuns, ou ela está no mesmo nível da legislação ordinária, e assim pode ser modificada conforme a vontade do Poder Legislativo, por meio de atos legislativos ordinários.

Se a primeira afirmação é verdadeira, então um ato contrário à Constituição não é lei; se a segunda opção prevalece, as Constituições escritas são tentativas absurdas do povo de tentar limitar um poder que é, pela sua própria natureza, ilimitado.

Marshall conclui pela primeira opção: todas as Constituições escritas albergam a lei fundamental e suprema de uma nação e, se a Constituição é superior a qualquer ato legislativo ordinário, é ela que deverá prevalecer, sendo nulas as leis com ela incompatíveis.

¹¹⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 24.

¹²⁰ “The authority given to the Supreme Court by the act establishing the judicial system of the United States to issue writs of mandamus to public officers appears not to be warranted by the Constitution.” (*Marbury v. Madison*. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em 29/10/2016).

Afinal, de que adianta limitar o Poder Legislativo em face da Constituição, caso não haja sanção para o desrespeito a esses limites?¹²¹.

A opção do juiz Marshall foi relevante inovação que conferiu aos juízes o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais¹²².

Para Mario G. Losano, a grande contribuição americana ao direito constitucional consiste justamente em ter confiado a interpretação e a aplicação da Constituição ao Poder Judiciário ordinário, a ponto de o *constitutional law* em sentido estrito ser identificado com o estudo das interpretações judiciárias da Constituição formal¹²³.

Bernard Schwartz ressalta que, na teoria americana, a Assembleia Constituinte, à qual o povo delegou a autoridade para criar o instrumento que rege o Estado, ocupa o topo da hierarquia legislativa. Qualquer norma editada por outros órgãos do Estado só é válida desde que não conflite com a Constituição. E foi precisamente essa posição subordinada dos Poderes Legislativo e Executivo que tornou necessário o poder de revisão exercido pelos tribunais americanos.

Sem o controle judicial da conformidade dos atos normativos com a Constituição, ela torna-se apenas um conjunto de máximas de moralidade política, um pedaço de papel sem eficácia. Demais disso, para Schwartz, só pode caber mesmo aos tribunais a missão de garantir, na prática, a supremacia constitucional, já que confiar ao Legislativo e ao Executivo a função de decidir a respeito de seus próprios poderes os tornaria absolutos e onipotentes¹²⁴.

Edward Corwin bem anota que a decisão de *Marbury v. Madison* jamais foi anulada. Mas muito além disso, sua influência rapidamente se espalhou pelos Estados americanos, e logo o controle da legislação local já era realizado pelos tribunais estaduais¹²⁵.

¹²¹ “*It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret the rule. If two laws conflict with each other, the Court must decide on the operation of each. If courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*” (*Marbury v. Madison*). Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em 29/10/2016).

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 47- 48.

¹²³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 83.

¹²⁴ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 26.

¹²⁵ CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 174.

Bem se vê que no contexto da independência dos Estados Unidos o temor dos cidadãos centrava-se primordialmente nos abusos do Poder Legislativo, diferentemente do que ocorria na Europa, onde era necessário limitar o poder dos juízes aristocráticos e dos monarcas despóticos.

Além disso, a exposição de Alexander Hamilton no número 78 de O Federalista demonstra a visão de que o Poder Judiciário seria o que oferece menos perigo aos direitos políticos consagrados na Constituição. Isso porque, o Judiciário não teria força e nem vontade, mas apenas julgamento; não controla a espada (poder de implementação do Executivo) e nem a bolsa (elaboração do orçamento, e de todas as leis, função do Legislativo) – por isso, não dirige a força e nem a riqueza da sociedade, sendo o mais fraco dos três departamentos do Poder¹²⁶.

Assim surgiu e consagrou-se o modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis, e configurou-se um específico modelo de jurisdição constitucional, em que os órgãos do Poder Judiciário exercem simultaneamente a jurisdição legal e a jurisdição constitucional. Essa nova função do Poder Judiciário alterou o relacionamento entre os Poderes¹²⁷.

Rubens Beçak aponta que, com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário vai imbuir-se do papel, mesmo que potencial, de convalidador (ou não) da vontade geral expressa na lei¹²⁸.

Nesse cenário, Roger Stiefelmann Leal entende que a legitimidade político-democrática dos juízes e o sistema jurídico do *common law* produzem condições favoráveis à aceitação dessa superioridade nos Estados Unidos, da mesma maneira que reduzem o risco da concentração dessas atividades¹²⁹.

No entanto, ainda assim, desenvolveram-se limites ao exercício do *judicial review*, para que esse poder não atingisse proporções hegemônicas – mesmo que esses limites decorram praticamente de autolimitações impostas pelos próprios tribunais.

¹²⁶ HAMILTON, Alexander. The Judiciary Department. *Federalist*, New York: McLEAN'S Edition, n. 78. Disponível em:

<<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>>.

Acesso em 31/10/2016.

¹²⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33 e 40-41.

¹²⁸ BEÇAK, Rubens. O tribunal constitucional e sua intervenção no processo político. In: *Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos*, Anais, Salvador, 17, p. 2757-2772, 2008.

¹²⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. Op. cit., p. 41.

O artigo III, seção 2, da Constituição norte-americana impõe que a jurisdição das Cortes e juízes alcança apenas casos e controvérsias (*cases and controversies*)¹³⁰, o que lhes impede de proferir pareceres ou de exercer papel consultivo.

Tal limitação veio a caracterizar o *judicial review* como típico controle concreto de constitucionalidade, em que o ato contrário à Constituição só pode ser afastado no âmbito de controvérsias específicas e particulares entre as partes, que sejam submetidas à apreciação judicial¹³¹.

Outra limitação, desta vez decorrente da jurisprudência, é a das questões políticas (*political questions*). A Suprema Corte americana entende que a interpretação da lei fundamental, em determinadas questões, deve ficar a cargo dos poderes com caráter eminentemente político – o Congresso e o Poder Executivo. Portanto, deve o Poder Judiciário se abster de pronunciar-se nesses casos¹³².

Antes mesmo do julgamento proferido em *Marbury v. Madison*, Alexander Hamilton já pregava que a interpretação das leis é função própria e peculiar dos tribunais, cabendo-lhes preferir a vontade do povo, expressa na Constituição, à vontade do legislador, expressa na lei¹³³.

Mas o fato é que foi o caso prático julgado em 1803 que disseminou a afirmação da supremacia da Constituição com a compreensão do controle jurisdicional como mecanismo inerente à garantia do valor jurídico do texto supremo.

Esse modelo de controle *jurisdicional*, isto é, exercido por órgãos com a função de dizer o direito, e difuso, veio a ser adotado no Brasil. Daí o interesse na sua compreensão.

O que caracteriza o controle difuso, e que mais interessa a este estudo, entretanto, é que qualquer juiz ou tribunal poderá realizar o controle de constitucionalidade, respeitadas as regras de definição de competências, como será explorado mais adiante.

2.2.2 Na Europa

¹³⁰ Disponível em: <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=9&page=transcript>>. Acesso em 29/10/2016.

¹³¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

¹³² *Ibidem*, p. 30.

¹³³ CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 173.

Conforme já explicitado, é igualmente necessário apontar o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade na Europa, pois a teoria dos Tribunais Constitucionais ali desenvolvida também influenciou a conformação do direito brasileiro.

Neste item, traremos um panorama da origem do modelo desenhado por Hans Kelsen, já que no capítulo seguinte serão melhor desenvolvidos os motivos pelos quais tal modelo foi o que obteve larga aceitação na Europa continental.

Diferentemente do modelo americano, no sistema de controle de constitucionalidade europeu esta atribuição é deferida unicamente ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário, ou a uma corte especial¹³⁴, daí a denominação de controle concentrado.

Este sistema desenvolveu-se na Europa a partir do modelo adotado pela Constituição austríaca de 1920, redigida com base em projeto de Hans Kelsen¹³⁵. A Constituição da Áustria de então previu uma Corte Constitucional que concentrava a competência exclusiva para decidir acerca da constitucionalidade das leis, de forma que os demais juízes não tinham competência nem para declarar a inconstitucionalidade das leis, tampouco para deixar de aplicar as normas que reputassem inconstitucionais¹³⁶.

Temos aqui, portanto, a separação orgânica das jurisdições legal e constitucional. Enquanto a jurisdição ordinária é atribuição de todo o Poder Judiciário, a jurisdição constitucional será exercida somente pelo Tribunal Constitucional¹³⁷.

A Constituição Tchecoslovaca de fevereiro de 1920 previu um sistema de controle concentrado de constitucionalidade antes mesmo da Constituição Austríaca de outubro 1920, mas a Corte Constitucional da Áustria precedeu à Corte tcheca¹³⁸.

Pedro Cruz Villalon relata a criação do Tribunal Constitucional austríaco por meio de lei, em 25 de janeiro de 1919. Para este autor, a importância do Tribunal, para os efeitos que aqui se estuda, residia mais em sua denominação pioneira, de Tribunal Constitucional, do que em suas funções propriamente ditas, já que não se tratava de um tribunal de controle de normas. Foi apenas por meio de uma lei de março do mesmo ano de 1919 que

¹³⁴ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52.

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 68.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 104-105.

¹³⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42.

¹³⁸ VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 249 e 286-287.

se atribuiu ao Tribunal o controle de constitucionalidade, posteriormente ampliado e consagrado na Constituição de 1º de outubro de 1920¹³⁹.

Mencionado autor traz ainda relevante comentário acerca do Tribunal Constitucional Tchecoslovaco, entendendo que a Tchecoslováquia foi não apenas o primeiro país a introduzir em seu ordenamento jurídico o “sistema europeu” de controle de constitucionalidade, alguns meses à frente da Constituição da Áustria, mas também o país que fez essa implantação por meio do modelo mais puro, ao instituir um tribunal *ad hoc* com competência exclusiva para conhecer da constitucionalidade das leis, e com a produção de efeitos gerais. O controle de constitucionalidade teria sido aprovado, nestes moldes, por meio da Constituição datada de 29 de fevereiro de 1920, ainda que não tenha sido exercido por longo período de tempo¹⁴⁰.

O modelo de Kelsen foi desenvolvido em um país da tradição romano-germânica, e que portanto não contava com o elemento do *stare decisis* na prática judicial, para garantir a estabilidade e a uniformidade dos julgados.

Além disso, permanecia o sentimento de desconfiança nutrido na Europa continental, de forma geral, pelo Judiciário – afinal, os magistrados pré-revolução liberal eram vistos como parte de uma aristocracia autoritária.

Por tudo isso, o Tribunal Constitucional arquitetado por Hans Kelsen não quis permitir que qualquer juiz ou tribunal detivesse o poder de controlar a constitucionalidade de leis editadas pelo Poder Legislativo, visto como legítimo representante do povo, evitando assim o governo dos juízes, além de que isso poderia gerar disparidade de soluções em questões de ordem constitucional¹⁴¹.

Situação bastante diferente da verificada nos Estados Unidos, onde a confiança era depositada nos juízes, e a desconfiança, no Parlamento.

Para melhor compreender o papel confiado ao Tribunal Constitucional, há que se mencionar que Hans Kelsen adota a teoria da estrutura hierárquica da ordem jurídica, tendo a Constituição como fundamento do Estado e como base do ordenamento jurídico. Assim, seu modelo de controle também se baseia no princípio da supremacia constitucional, mas sob um ponto de vista hierárquico-formal.

¹³⁹ VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 249 e 373.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 286-287 e 290.

¹⁴¹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107.

Para este autor, a Constituição regula, essencialmente, a elaboração das leis, de forma que as “garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.”¹⁴².

Considerando então a necessidade de controlar a conformidade à Constituição de certos atos do Estado, particularmente do Parlamento e do Governo, tal controle não poderia ser confiado a nenhum dos órgãos cujos atos serão fiscalizados. Kelsen afirma que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto aquela que exerce o poder sob escrutínio, eis que ela possui primordialmente a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerar a função de controle¹⁴³.

A partir daí, Kelsen desenvolve a construção doutrinária de que o órgão encarregado da anulação dos atos inconstitucionais deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional. O autor afasta duas objeções a essa teoria.

A primeira, relativa à sua incompatibilidade com a soberania do Parlamento. Para ele, não se pode falar em soberania de nenhum órgão estatal em particular, mas apenas da ordem jurídica, ademais do fato de que a Constituição regula justamente o processo legislativo de competência do Parlamento, sobrepondo-se a ele.

A segunda objeção, concernente ao princípio da separação dos poderes, é afastada pelo autor ao argumento de que a função de anular leis inconstitucionais não pode ser caracterizada como verdadeiramente jurisdicional, ainda que seus membros se organizem sob a forma de tribunal. Para ele, anular uma lei significa estabelecer uma norma geral, nada mais sendo que uma elaboração normativa com sinal negativo, o que constituiria uma função legislativa. Dessa forma, conclui, “um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.”

Desse modo, e tendo em vista que a divisão dos poderes quer não isolá-los reciprocamente, mas sim permitir o controle de uns sobre os outros, evitando sua concentração excessiva em um só órgão, a instituição da jurisdição constitucional viria justamente a afirmar o princípio da separação dos poderes, quando divide o exercício da função legislativa¹⁴⁴.

¹⁴² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 125-126.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 240.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 150-152.

A esse respeito, cabe trazer observação de André Ramos Tavares, no sentido de que a repartição de funções é promovida pela Constituição consoante o modelo que a Lei Maior considerar o mais adequado, não existindo um modelo universalmente aceito¹⁴⁵.

Dessa maneira, o modelo garantiu o monopólio do controle de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, atribuindo-lhe nos primórdios a natureza de “legislador negativo”. Os juízes ordinários não poderiam, por si sós, deixar de aplicar a lei no caso concreto, e a declaração de sua inconstitucionalidade pela Corte Constitucional deveria ter a generalidade da elaboração de uma lei, realizada de forma abstrata¹⁴⁶.

Tal generalidade e abstração, própria da atividade legislativa, combinada com a concentração da competência para realizar a fiscalização de constitucionalidade, confere às decisões que reconheçam a invalidade de um ato a eficácia geral ou *erga omnes*. Demais disso, Kelsen tradicionalmente defendia a sanção de anulabilidade aos atos inconstitucionais, o que significava que, enquanto o Tribunal Constitucional não declarasse a lei inconstitucional, ela seria válida, não podendo deixar de ser aplicada pelos demais juízes. Esta decisão, portanto, ostenta natureza constitutiva¹⁴⁷.

Mas as ideias de Hans Kelsen sobre quem deveria ser o guardião da Constituição não foram infensas a críticas.

Para Carl Schmitt, a defesa constitucional não pode ser atribuída a nenhum dos Poderes de um Estado de Direito, pois que este Poder obteria um sobrepeso sobre os demais, e poderia se esquivar de seu próprio controle, tornando-se o senhor da Constituição. Assim, seria necessário haver um poder especial neutro ao lado dos demais¹⁴⁸.

Schmitt entende que tal instância neutra seria o Presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo alemão, e que portanto deveria deter a função de guardião da Constituição, eis que:

A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a esta vontade política da totalidade do povo alemão e agir, através disto, como guardião e defensor da unidade e totalidade

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110.

¹⁴⁶ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107.

¹⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 57.

¹⁴⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Luiz Moreira (ccord./sup). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193-194.

constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão.¹⁴⁹

Kelsen via na tese de Carl Schmitt uma interpretação da Constituição que buscava compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional¹⁵⁰.

De toda sorte, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, foram os Tribunais Constitucionais, propostos por Kelsen, que proliferaram¹⁵¹.

Essa foi a origem histórica do modelo que veio a ser adotado em grande parte da Europa continental, com variações e adaptações em cada Estado.

Contextualizado o surgimento dos sistemas concentrado e difuso, é preciso passar ao exame deste último, sendo que o sistema concentrado será analisado tão somente quando for necessário realizar um contraponto ao modelo difuso.

2.3 Principais características associadas ao controle difuso de constitucionalidade

Rubens Beçak bem aponta que o julgamento do caso *Marbury v. Madison* não apenas afirmou o controle jurisdicional de constitucionalidade, mas também fixou uma série de características a ele inerentes naquele sistema: este controle é difuso, incidental, particular, e sua sentença é do tipo declaratório com efeitos aplicáveis *ex tunc*¹⁵².

Abordaremos a seguir as principais características do modelo difuso, partindo-se da concepção americana, mas já apontando as especificações adotadas no Brasil, que servirão de base para os próximos capítulos.

2.3.1 Quanto ao órgão jurisdicional que exerce a fiscalização

¹⁴⁹ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Luiz Moreira (ccord./sup). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233-234.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 240.

¹⁵¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 920, p. 133-149, 2012.

¹⁵² BEÇAK, Rubens. Controle Difuso (Aspectos Gerais). In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1586.

Segundo Mauro Cappelletti, a racionalidade por trás do sistema difuso é bastante simples e evidente. Considerando-se que a função de todos os juízes é interpretar as leis para aplicá-las aos casos concretos submetidos a seu julgamento, regra básica da interpretação é a de que quando duas normas estão em contraste, deve-se aplicar a prevalente. Quando se trata de normas de hierarquia diversa, o critério aplicável por todo juiz será o de que a lei superior derroga a inferior. Portanto, tratando-se a Constituição de norma rígida e superior, deve prevalecer sobre as normas ordinárias que lhe são contrárias¹⁵³.

Assim, do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e sua conseqüente não aplicação no caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário. De forma que todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos sob seu juízo¹⁵⁴. E o órgão competente para a apreciação da alegação de inconstitucionalidade será aquele com competência para o julgamento da causa concreta em questão¹⁵⁵.

André Ramos Tavares ressalta que no Brasil não há uma previsão constitucional expressa e clara que assegure a qualquer magistrado o poder de não aplicar uma lei ou um ato normativo que considere inconstitucional. No entanto, a admissibilidade deste controle difuso estaria consubstanciada: (i) na previsão de cabimento do recurso extraordinário, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, da qual se extrai que a instância inferior pode reconhecer a inconstitucionalidade¹⁵⁶; (ii) na previsão de que a maioria absoluta dos membros de um tribunal ou de seu órgão especial podem declarar a inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos, da qual se extrai a

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 75.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69-70.

¹⁵⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro - aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 73.

¹⁵⁶ “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:

[...]

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

[...]”

competência de todos os tribunais para tanto¹⁵⁷; e (iii) nas previsões do amplo acesso à Justiça e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes¹⁵⁸, das quais se extrairia a competência de todos os magistrados para a fiscalização de constitucionalidade¹⁵⁹.

Ainda, no Brasil, o controle difuso da constitucionalidade é admitido, via de regra, em qualquer tipo de procedimento jurisdicional¹⁶⁰. Nos órgãos de primeiro grau de jurisdição não há procedimento específico para a declaração incidental de inconstitucionalidade. Já nos tribunais, há que se observar o artigo 97 da Constituição Federal, que estabelece que somente a maioria absoluta dos membros de um tribunal ou de seu órgão especial poderá declarar a inconstitucionalidade.

O controle difuso foi adotado em nosso país já na primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações.

Difere do controle concentrado porque neste, um único órgão, ou um número limitado de órgãos, é que poderão verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Lei Maior¹⁶¹.

Parte da doutrina brasileira entende que nosso país conjuga os critérios difuso e concentrado, quanto à competência para declarar a compatibilidade das normas com nossa Lei Maior.

Nesse sentido, é a posição de José Afonso da Silva, de Paulo Roberto Lyrio Pimenta e de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁶², dentre outros. Estes autores afirmam que, por um lado, qualquer órgão do Poder Judiciário pode declarar a

¹⁵⁷ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

¹⁵⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]”

¹⁵⁹ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, vol. 819/2004, p. 45–64, jan / 2004.

¹⁶⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro* - aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 75.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70.

¹⁶² Cf. DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Op. cit., p. 44; e PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 9. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 22.

inconstitucionalidade de uma lei de forma incidental, para afastar a sua aplicação ao caso concreto (exercendo, assim, o controle difuso), e por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem a competência exclusiva para aferir a compatibilidade das leis com a Constituição, pela via principal e abstrata (atuando aqui o controle sob o aspecto concentrado)¹⁶³.

Outra parte da doutrina tem entendimento diverso. Elival da Silva Ramos assevera que, para se identificar a característica da difusão ou da concentração, a avaliação deve ser sistêmica, e não segmentada. Assim, o sistema brasileiro seria difuso, porque qualquer juiz ou tribunal brasileiro pode averiguar a conformidade das leis com a Constituição.

Para o autor, o fato de que adotamos as técnicas de controle incidental e de controle principal, este último de competência do Supremo Tribunal Federal, não significa que nosso sistema seja misto. Significa apenas que, na divisão de competências, o controle objetivo da legislação caberá a apenas um tribunal superior¹⁶⁴. Mas o fato é que, ainda assim, todos os órgãos de nosso Poder Judiciário podem averiguar a compatibilidade entre as normas inferiores e a superior nos casos submetidos a seu julgamento. Por isso, o sistema pode ser chamado de difuso.

A polêmica presente na doutrina nacional, entretanto, não prejudica o presente trabalho, na medida em que se reconhece, de forma pacífica, que o sistema difuso está presente em nossa ordem jurídica.

2.3.2 Quanto à forma ou modo de controle jurisdicional

No Brasil, a fiscalização jurisdicional difusa é exercida por meio do controle incidental.

Por este método processual, a compatibilidade do ato normativo com a Constituição é uma questão prejudicial, que deve ser resolvida para dar-se solução a uma causa. O objeto do processo é uma relação jurídica de direito material, da qual emergem posições jurídicas ativas e passivas, existindo um litígio entre as partes; o processo não objetiva

¹⁶³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 9. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 43 e 65.

¹⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69-70.

exclusivamente a averiguação da conformidade de determinada norma com a Constituição¹⁶⁵.

A questão da inconstitucionalidade é levantada por ocasião e no decurso de um processo comum, e será discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto¹⁶⁶.

Este modo de controle difere do controle por via principal ou ação direta, no qual a discussão acerca da validade da lei em si independe de uma disputa entre as partes. Este último método não visa a tutelar direitos subjetivos, mas sim a preservar a harmonia do sistema jurídico, eliminando dele as normas incompatíveis com a lei superior¹⁶⁷. No Brasil, a fiscalização direta da legislação, tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que não se possa confundir a difusão com a incidentalidade, fato é que caminham juntas, pois seria mesmo difícil imaginar um sistema de controle difuso em que o controle fosse exercido pela via principal perante qualquer juiz, em vista dos impactos institucionais que isso geraria¹⁶⁸.

Por sua vez, os sistemas que adotam o controle concentrado também podem se utilizar do método da arguição incidental, quando então o juízo originário que estiver apreciando a causa deverá paralisar o andamento do feito e submeter tão somente a questão da constitucionalidade ou não da lei à Corte Constitucional, dando ensejo a um incidente processual de inconstitucionalidade¹⁶⁹.

Quando se trata do controle sob a forma incidental ou principal, é necessário mencionar a diferenciação entre controle concreto e controle abstrato. No controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma (que é pressuposto para a resolução da demanda) apresenta-se sempre conjugada à aferição de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo das partes. Já o controle abstrato tem em mira a validade da norma face à Constituição, desvinculada de qualquer direito subjetivo ou situação conflitiva concreta¹⁷⁰.

¹⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74-75.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 899.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73.

¹⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 68.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 76.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 940-941.

O controle incidental, em maior ou menor escala, ostenta natureza concreta. Isso porque, mesmo nos sistemas de controle concentrado deferido apenas a uma Corte Constitucional, quando se utiliza a técnica do incidente de inconstitucionalidade, a situação fática subjacente exercerá ao menos alguma influência sobre o juízo de constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional¹⁷¹.

Diversamente, o controle principal em geral se caracteriza como abstrato. No entanto, a doutrina aponta que, excepcionalmente, encontram-se ações diretas de inconstitucionalidade cujo julgamento compete à Corte Constitucional e que levam em conta uma situação pessoal, de direito substancial, afetada pela norma impugnada. Os exemplos mais corriqueiros fornecidos pela doutrina são o recurso constitucional alemão, manejado por quem se diz titular de direito fundamental afetado por ato ou omissão do Poder Público¹⁷², e o mandado de injunção brasileiro, nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania¹⁷³.

Relembramos aqui que o artigo III da Constituição estadunidense estatui que a jurisdição das Cortes e juízes alcança apenas “casos ou controvérsias”. A partir disso, entendeu-se a *judicial review* como típico controle concreto de constitucionalidade, em que o afastamento do ato normativo inconstitucional ocorre apenas no âmbito da controvérsia suscitada perante o Poder Judiciário, resolvendo tão somente a específica controvérsia entre as partes do processo, e de forma que a lei ou ato normativo impugnados permanecem válidos e eficazes, exceto para o caso prático em questão¹⁷⁴.

A natureza concreta ou abstrata do controle realizado caracteriza a ação judicial em questão como de contencioso subjetivo ou objetivo, repercutindo na legitimação para agir, como será visto no próximo item.

2.3.3 Quanto à legitimação ativa

¹⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

¹⁷² Ibidem, p. 78.

¹⁷³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 942-943.

¹⁷⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28-29.

A partir das características acima descritas, podemos apontar que, no controle difuso e incidental, que em regra será relacionado a um caso concreto e terá partes interessadas na solução da lide, a legitimidade para arguir inconstitucionalidade é atribuída às partes, a terceiros intervenientes, ao Ministério Público ou até mesmo ao órgão jurisdicional, que pode conhecer da matéria de ofício¹⁷⁵.

Tal legitimação é mais ampla do que aquela usualmente atribuída ao controle em via principal. Já que este em geral constitui um controle abstrato de normas em sede de contencioso objetivo, a legitimação é restrita a órgãos ou entidades públicas e a entidades associativas de larga abrangência¹⁷⁶.

2.3.4 Efeitos temporais da decisão de controle

A eficácia temporal das decisões de controle se relaciona à natureza da sanção imposta à inconstitucionalidade, em cada sistema jurídico. Para os sistemas que aplicam a sanção de nulidade ao ato inconstitucional, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem efeito declaratório, e é frequentemente denominada de retroativa; mas seu efeito, em verdade, é o de reconhecer a invalidade do ato desde o seu nascimento. Por outro lado, nos sistemas que aplicam a sanção de anulabilidade ao ato inconstitucional, a decisão judicial que o reconhece é constitutiva e pode ser retroativa ou irretroativa, a depender da opção do legislador¹⁷⁷.

¹⁷⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro* - aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 73.

¹⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

Vide, a propósito, a atual redação do artigo 103, *caput*, e seus incisos, da Constituição Federal brasileira: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[...]”

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 86-90.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro”, de tal modo que a teoria da nulidade tem sido sustentada praticamente pela unanimidade da doutrina¹⁷⁸.

Assim, em nosso país, a declaração de inconstitucionalidade declara a invalidade da norma desde o seu nascimento, com efeito *ex tunc*.

No entanto, o artigo 27 da Lei federal n. 9.868/1999 positivou uma fórmula restritiva, ao prescrever que em vista de 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 da declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado¹⁷⁹.

2.3.5 Efeitos subjetivos da decisão de controle

Com relação aos efeitos subjetivos da decisão no controle incidental e difuso, considerando-se que o julgamento da constitucionalidade ou não de determinado ato normativo será uma questão prejudicial, que se situa na fundamentação do julgado, e não em seu dispositivo, não haveria coisa julgada, nem sequer para as partes do processo, quanto a este aspecto. Contudo, a doutrina fala de efeitos *inter partes*, já que esta decisão prejudicial compõe a fundamentação da sentença e assim, ao menos desta forma, afeta as partes daquele processo¹⁸⁰.

No sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que proferiu esta decisão, como a prejudicial de constitucionalidade tradicionalmente não faz coisa julgada, a lei declarada inconstitucional pode continuar a ser aplicada por todos os órgãos jurisdicionais¹⁸¹. Esse é um dos principais problemas da adoção do sistema difuso de controle nos países de tradição romanística, que será explorado no presente estudo.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 359 e 384.

¹⁷⁹ “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.”

¹⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83.

¹⁸¹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 56.

Vale ressaltar que, quando o julgamento se dá por meio da técnica do controle abstrato, por via principal, a eficácia *erga omnes* da decisão é consequência natural. Isso porque, a declaração de inconstitucionalidade em abstrato quer precisamente retirar a aplicabilidade da lei, desfazendo seus efeitos normativos gerais. Assim, para a coerência do sistema, é necessário que tal decisão faça coisa julgada material e vincule os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Do contrário, seria inútil a ação direta de inconstitucionalidade genérica. Vide a previsão do artigo 102, §2º, da Constituição Federal brasileira¹⁸².

O mesmo se pode dizer do incidente de inconstitucionalidade inserido no âmbito de um controle concentrado de constitucionalidade. Quando a defesa da supremacia da Constituição é confiada unicamente a uma Corte Constitucional, não faz sentido deixar de atribuir efeitos gerais ou *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade¹⁸³.

Canotilho afirma que o controle com eficácia *erga omnes* seria próprio do modelo concentrado, pois que o Tribunal Constitucional afirma-se como único defensor da Lei Maior, e elimina a norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Já o controle com efeitos *inter partes* seria típico do *judicial review*, em que os juízes controlam a validade da norma incidente na solução do caso concreto, desaplicando-a apenas naquele caso, se for julgada inconstitucional; mas ela continuará em vigor no ordenamento até que seja anulada, revogada ou suspensa pelos órgãos competentes¹⁸⁴.

Mauro Cappelletti reforça que a introdução do método difuso de controle em países de *civil law*, em que não existe o princípio típico da tradição do *common law* do *stare decisis*, traz graves consequências, como conflitos entre órgãos judiciários e uma grande incerteza do direito¹⁸⁵.

A doutrina do *stare decisis* relaciona-se aos precedentes judiciais. Em linhas gerais, e considerando-se que a jurisprudência é fonte do direito, os juízes devem seguir aquilo

¹⁸² DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57. Confira-se o dispositivo constitucional: “Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [...]”

¹⁸³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 903.

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 77-78.

que já foi decidido anteriormente. Em sua dimensão horizontal, o *stare decisis* significa que os tribunais devem seguir os seus próprios precedentes; na dimensão vertical, os precedentes de Cortes superiores vinculam os órgãos jurisdicionais inferiores. Tal doutrina promove o desenvolvimento imparcial, previsível e consistente de princípios jurídicos, bem como a confiança na previsibilidade das decisões judiciais¹⁸⁶.

Assim, o juiz não se remete às decisões precedentes como simples orientação ou guia, mas sim porque está obrigado a aplicar as regras legais contidas em tais decisões. De forma que o princípio legal essencial para a solução de um caso (*ratio decidendi*) deve ser extraído do precedente e aplicado no novo caso, desde que sejam precisamente similares¹⁸⁷.

Resta claro que, no sistema difuso e incidental de controle, a decisão de inconstitucionalidade não tem efeitos gerais ou *erga omnes*. No entanto, nos sistemas de *common law*, a possível falta de uniformidade das decisões é resolvida pela aplicação da doutrina do *stare decisis*, o que não ocorre nos ordenamentos de *civil law*, como o brasileiro.

Já advertia Hans Kelsen:

Embora as cortes dos Estados Unidos tenham o poder de rejeitar somente no caso concreto a aplicação de uma lei que declarem inconstitucional, o perigo de uma prática contraditória pelos órgãos aplicadores da lei ali não é tão grande como era na Áustria antes do estabelecimento da Corte Constitucional. [...] Na medida em que as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei.¹⁸⁸

Portanto, vistas as principais características do sistema difuso de controle de constitucionalidade, para se estabelecer uma noção geral de seu funcionamento, é possível então visualizar que, nos sistemas de *civil law*, nos quais os juízes atuam interpretando a lei, cada um a seu modo, com fracos mecanismos para se garantir a uniformidade das decisões judiciais, o controle difuso, incidental e concreto, de ampla legitimação ativa e que determina efeitos *inter partes*, poderá gerar milhares de decisões totalmente diferentes

¹⁸⁶ *Stare decisis*. Wex Legal Dictionary and Encyclopedia, Legal Information Institute, Cornell University Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis>. Acesso em 06/11/2016.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 307.

em cada órgão do Poder Judiciário, o que em nada contribui para a pacificação social e para a segurança jurídica em nosso Estado de Direito.

Uma vez tratadas as características gerais do *civil law* e do controle difuso nos dois primeiros capítulos deste trabalho, poderemos a seguir analisar a relação que entre eles se estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio.

3. O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS PAÍSES REGIDOS PELO *CIVIL LAW* - AS INCONSISTÊNCIAS VERIFICADAS NO SISTEMA BRASILEIRO

É necessário verificar qual foi o sistema de controle de constitucionalidade adotado como regra nos países regidos pelo *civil law*, quanto ao órgão competente para exercer tal fiscalização, e os motivos determinantes para esta associação. A partir daí, será possível analisar a escolha de um sistema diverso no Brasil, as razões pelas quais isso ocorreu em nosso país, e os resultados da conjugação do *civil law* com o modelo de controle aqui adotado.

3.1 O sistema de controle adotado como regra geral nos países de *civil law*

Mauro Cappelletti ressalta a coerência do sistema difuso de controle de constitucionalidade estadunidense, na medida em que é muito óbvio que a função de todos os juízes é interpretar e aplicar a lei. Assim, quando uma lei está em conflito com a Constituição, esta última deve prevalecer e ser aplicada, por sua superioridade hierárquica. Portanto, conclui-se, em seu mister de interpretação e aplicação das normas, qualquer juiz deveria poder não aplicar a lei inconstitucional¹⁸⁹. Resta evidente a lógica do sistema difuso.

Se é assim, pergunta-se o mencionado autor por que razão não foi o controle difuso, mas sim o concentrado, que vicejou na Europa continental.

A doutrina entende que diversos fatores levaram à preferência pelo sistema concentrado de controle de constitucionalidade nestes países, desde circunstâncias atreladas ao constitucionalismo europeu do século XIX até razões institucionais ligadas à forma de estruturação dos sistemas judiciais, que impuseram a rejeição do modelo de jurisdição constitucional estadunidense¹⁹⁰.

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 75-76.

¹⁹⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

Para Eduardo García de Enterría, a defesa do princípio monárquico como uma fonte pré-constitucional de poder foi um primeiro óbice à implantação da jurisdição constitucional, eis que muitos ainda questionavam a própria submissão do rei à Constituição naquela época¹⁹¹.

No contexto das revoluções liberais, a ideia de que a lei era fruto da razão e da vontade geral levou a uma supervalorização tanto da lei, quanto do Parlamento, como representantes do povo, de forma que não se admitia que a lei pudesse contrariar a Constituição, gozando de imunidade judicial. Esse foi outro fator que inicialmente impediu um efetivo controle da constitucionalidade das leis na Europa. E mais ainda, a fidelidade ao princípio da separação dos Poderes também repeliu a implementação do modelo norte-americano de controle, eis que dar-se a um tribunal o poder de julgar a conformidade das leis do Parlamento subverteria toda a estrutura tripartite do Poder¹⁹².

No mesmo sentido, o ideal das revoluções liberais europeias incluía uma grande desconfiança com relação aos magistrados de carreira, providos de formação conservadora, e de caráter profissional e não eletivo, de forma que se preferiu atribuir a guarda da Constituição a um único órgão jurisdicional, de feições atípicas¹⁹³.

Louis Favoreu entende que a experiência das guerras mundiais, a exemplo do nazismo, do fascismo e das ditaduras europeias, demonstra a falha tanto do legislador quanto dos juízes ordinários em proteger os direitos dos cidadãos. Também por isso o modelo das Cortes Constitucionais, compostas por juristas destacados, prevaleceu sobre o modelo de controle pela jurisdição ordinária¹⁹⁴.

Outra gama de fatores, desta vez relacionada à própria estruturação do sistema judicial europeu, impediu a adoção do modelo americano do *judicial review*: seriam imensos os efeitos danosos de um sistema difuso de controle, em ordenamentos que não atribuem o caráter vinculante aos precedentes judiciais¹⁹⁵. E o fato de que muitos países da

¹⁹¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 55 e 130.

¹⁹² *Ibidem*, p. 56 e também conforme LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44-45.

¹⁹³ Cf. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 56 e RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

¹⁹⁴ FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 23 e 29.

¹⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.*, p. 159.

Europa adotam a jurisdição dual, com tribunais ordinários e tribunais administrativos, tornaria ainda mais difícil a tarefa de uniformizar as decisões¹⁹⁶.

Neste ponto, é necessário trazer à baila as características analisadas no primeiro capítulo deste trabalho, que apontam algumas concepções gerais presentes nos países de *civil law*, e que decerto influenciaram a configuração da função jurisdicional nestes Estados.

Algumas dessas principais características podem ser brevemente sintetizadas a partir da ideia presente na origem da tradição romanística de que as regras deveriam ser elaboradas por teóricos, já que os juízes, aplicadores do direito, não tinham a distância necessária dos casos concretos para formular regras gerais e justas¹⁹⁷. No contexto das revoluções liberais europeias, o dogma então vigente da separação dos poderes implicava em que apenas o Poder Legislativo podia elaborar as leis, e apenas o Poder Judiciário podia aplicá-las, o que levou também à sistematização dos códigos, com a pretensão de conter todo o substrato necessário para a resolução dos casos concretos por meio da atividade mais simples possível, retirando do juiz, em tese, o poder de criação do direito¹⁹⁸.

Demais disso, a certeza jurídica foi buscada por meio da proibição de os juízes produzirem normas jurídicas, sendo que a função deste intérprete do direito era vista como a de aplicador quase automático da lei¹⁹⁹. Todos esses fatores levaram à consagração da lei como principal fonte formal do direito no *civil law*.

Consequência de tudo isto é que os juízes, ao menos em teoria, não deveriam recorrer a outras decisões judiciais, e nem se vinculavam a elas, para o julgamento de um novo caso, de tal forma que nem mesmo o entendimento de um tribunal superior sobre determinado assunto vinculava os órgãos judiciários inferiores²⁰⁰. Assim, nestes países, a força vinculante do precedente judicial foi rejeitada, para que aos juízes não fosse dado criar o direito. De forma que seus sistemas jurisdicionais não contam com o instituto do *stare decisis*.

¹⁹⁶ FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 21.

¹⁹⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 101-102.

¹⁹⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 60-61 e DAVID, René. Op. cit., p. 101-103.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61-62.

²⁰⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. cit., p. 78.

E de fato, nos países que seguem a tradição romanística, nos quais não se adota o *stare decisis* e a observância obrigatória dos precedentes, a introdução do sistema difuso de controle de constitucionalidade levaria à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, por ser considerada inconstitucional, mas ser aplicada por outros, que a julgassem compatível com a Constituição. Indo além, o mesmo órgão judiciário poderia por vezes aplicar, e por vezes não aplicar determinada lei, em virtude de uma mudança de entendimento²⁰¹.

Nem mesmo a interpretação de um órgão superior vincularia os tribunais e juízes inferiores. E por fim, ainda que houvesse interpretação reiterada acerca da inconstitucionalidade de determinada lei, essa interpretação não seria aplicável a terceiros que não foram parte do processo, de forma que deveriam ser ajuizadas novas ações para tal²⁰². Tudo isso a gerar, de um lado, enorme incerteza do direito, e de outro, trabalho jurisdicional desnecessário e repetitivo.

Para Hans Kelsen, “os defeitos e a insuficiência de uma anulação assim limitada ao caso em exame são evidentes”, pois a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito se fazem sentir sensivelmente quando um tribunal deixa de aplicar uma lei por considerá-la irregular, mas tal norma permanece em vigor e pode ser aplicada por outros tribunais nos casos levados ao seu exame. Por isso, “a centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos.”²⁰³.

Nesse sentido, para Pedro Cruz Vilallón, a concentração do controle encontra sua justificação básica na segurança jurídica decorrente da eficácia *erga omnes* possibilitada por esta modalidade de controle²⁰⁴.

Além disso, entende Elival da Silva Ramos que na Europa continental, de forma geral, predomina a sanção de anulabilidade para os atos inconstitucionais. Defende o autor que tal sanção, que anula um ato de efeitos gerais, como a lei, depende de provimento constitutivo, e coaduna-se melhor com uma decisão proferida centralizadamente, e dotada de eficácia *erga omnes*. Diferentemente do que ocorre quando a sanção adotada é a da nulidade, imposta pelo próprio ordenamento, que será reconhecida por provimento judicial

²⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 77.

²⁰² *Ibidem*, p. 78.

²⁰³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 144-145.

²⁰⁴ VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 397.

meramente declaratório, e que por isso mesmo pode ser deferido a qualquer juiz ou tribunal²⁰⁵.

Assim, foram diversos os motivos que embasaram a rejeição do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade na Europa.

No entanto, apesar da propagada incompatibilidade do modelo do *judicial review* com os ordenamentos europeus, tornou-se evidente a necessidade de adoção de instrumentos para fazer-se respeitar a Constituição, conforme já apontado no capítulo anterior.

Nesse contexto, Hans Kelsen propôs o modelo de controle de constitucionalidade que veio a ser adotado em muitos países europeus. Atendia às necessidades de salvaguarda da Constituição, ao mesmo tempo em que fugia dos moldes do modelo americano, que traria os diversos inconvenientes acima descritos aos países de *civil law*.

Para Kelsen, o controle da conformidade de certos atos do Estado com a Constituição obviamente não poderia ser confiado aos próprios órgãos que terão seus atos controlados, como o Parlamento e o Governo. Isso porque, a Constituição quer precisamente estabelecer limites ao exercício do poder, e nenhuma instância seria tão pouco idônea para refrear o exercício do poder quanto aquela que o exerce²⁰⁶.

Assim, Hans Kelsen propõe o exercício da jurisdição constitucional por um órgão diferente e independente de qualquer outra autoridade estatal; seria uma jurisdição ou um tribunal constitucional, encarregado de anular os atos inconstitucionais das demais autoridades do Estado²⁰⁷.

O modelo de controle exercido por um único órgão, além de evitar a insegurança jurídica de decisões conflitantes acerca do mesmo tema, conta com o benefício de que o juízo de inconstitucionalidade de determinado ato tenha seus efeitos estendidos a todos os casos que envolvam a aplicação de tal ato²⁰⁸.

Expostos os motivos determinantes que levaram à rejeição do *judicial review* e à adoção de um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, de forma predominante, na Europa continental, serão apontados a seguir alguns dos países que

²⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159-160. O autor trata dos exemplos austríaco, italiano e alemão quanto à sanção de anulabilidade.

²⁰⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 240.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 150.

²⁰⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48-50.

vieram a instituir tal modelo, demonstrando a efetiva concretização da relação entre a tradição do *civil law* e o controle concentrado.

Conforme já visto, o Tribunal Constitucional austríaco foi instituído por meio de lei em 1919, e a Constituição de 1920 veio consagrar e ampliar a sua competência de controle de constitucionalidade das leis²⁰⁹. A principal atribuição deste Tribunal é realizar a fiscalização abstrata e concreta de constitucionalidade²¹⁰.

Os governos federal e regionais, além de um terço dos deputados do Conselho Nacional, ou a terça parte dos membros do Conselho Federal e das Assembleias Regionais podem suscitar a inconstitucionalidade de determinadas leis perante o Tribunal. Demais disso, sempre que, no julgamento de um caso concreto, surgir dúvida acerca da constitucionalidade de uma lei, o Supremo Tribunal Administrativo, o Supremo Tribunal de Justiça ou qualquer Tribunal competente para decidir uma causa em segunda instância devem suscitar a *questão constitucional* ao Tribunal Constitucional, suspendendo o processo. Depois de tal decisão, o julgamento do caso deve prosseguir perante o Tribunal de origem. E, a partir de 1975, qualquer indivíduo também pode suscitar ao Tribunal a constitucionalidade de um ato legislativo ou administrativo que tenha violado seus direitos constitucionais, por meio do denominado recurso constitucional²¹¹.

No entanto, apesar das evoluções pelas quais passou o sistema austríaco, em termos de ampliação tanto da competência do Tribunal Constitucional, quanto dos legitimados para arguição destas invalidades, o que releva é que, seja no controle abstrato ou concreto, a supressão de normas gerais do ordenamento por motivo de inconstitucionalidade continua a ser reservada unicamente ao Tribunal Constitucional. E essa decisão tem efeitos *erga omnes* e vinculantes para todos os tribunais e órgãos administrativos²¹².

Por sua vez, na Alemanha, a jurisdição constitucional só foi positivada pela Lei Fundamental de 8 de maio de 1949, e o Tribunal Constitucional foi instituído em 1951²¹³, apesar de a Constituição de Weimar de 1919 já prever um Tribunal de Justiça do Estado

²⁰⁹ VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 373.

²¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 108.

²¹¹ *Ibidem*, p. 111-114.

²¹² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118-119.

²¹³ FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 59.

com competência para resolução de conflitos entre os Estados e o ente central (*Reich*) e para revisão da compatibilidade do direito estadual com o direito federal²¹⁴.

O Tribunal Constitucional Federal alemão exerce o controle de constitucionalidade abstrato, quando instaurado mediante requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal; e o controle concreto quando os tribunais competentes para o julgamento de uma causa qualquer suspendem o processo respectivo e submetem a questão constitucional ao Tribunal Constitucional²¹⁵.

Este Tribunal tem a competência para julgar também o recurso constitucional, instrumento colocado à disposição dos cidadãos para resguardar seus direitos fundamentais ou assemelhados, que tenham sido prejudicados pelo poder público, desde que esgotadas as vias ordinárias, como regra. Vale ressaltar que, aqui, o Tribunal Constitucional não atua como Corte de revisão ou de apelação, pois não reanalisa a matéria fática do caso concreto, mas apenas a compatibilidade dos atos do poder público com os direitos fundamentais em questão²¹⁶.

Louis Favoreu aponta que desde 1956 todos os tribunais e juízes ordinários (e não mais só os tribunais superiores) foram autorizados a provocar o Tribunal Constitucional, o que sugere uma semelhança com o controle difuso²¹⁷. Contudo, ainda permanece o monopólio do Tribunal Constitucional para decidir sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos normativos federais, decisão essa com força de lei e dotada de efeitos vinculantes para todos os tribunais e autoridades²¹⁸. Demais disso, o Tribunal Constitucional vem entendendo que esses efeitos vinculantes englobam não somente o dispositivo da decisão, mas também seus fundamentos jurídicos²¹⁹.

Já na Itália, a Constituição de 1947 criou o sistema de jurisdição constitucional, mas a Corte Constitucional só chegou a ser instalada em 1955²²⁰.

Compete à Corte Constitucional julgar a legitimidade das leis e dos atos com força de lei dos Estados e das Regiões. Por via de ação direta, a legitimidade para arguir tais

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36-37.

²¹⁵ Ibidem, p. 44-45.

²¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 148-152.

²¹⁷ FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 68-69.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 417.

²¹⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 164.

²²⁰ FAVOREAU, Louis. Op. cit., p. 77.

questões compete a órgãos dos Governos das Regiões (Juntas Regionais) e do Governo Central²²¹. Pela via incidental, qualquer autoridade jurisdicional diante do julgamento de um caso concreto pode submeter a questão constitucional à Corte, desde que haja relevância ou importância determinante da questão prejudicial para a resolução do caso (*rilevanza*), e que a questão de constitucionalidade não padeça de manifesta falta de fundamento²²².

Assim, na Itália, apesar da ampla legitimação conferida a qualquer juiz comum para provocar a Corte Constitucional, permanece a proibição aos primeiros de decidir acerca da constitucionalidade das normas, cabendo tão somente à Corte Constitucional resolver a questão, com eficácia *erga omnes*, de forma que a lei torna-se ineficaz não só no caso concreto, mas para todos e para sempre²²³.

Lenio Streck bem aponta que não há na Itália formas de acesso do cidadão à jurisdição constitucional por meio de mecanismos como o recurso constitucional alemão²²⁴.

Com relação à Espanha, seu atual Tribunal Constitucional foi instalado em 1980²²⁵.

O controle de constitucionalidade das leis e das disposições normativas com força de lei é de competência exclusiva do Tribunal Constitucional. Pela via de ação direta, e de forma abstrata, o “recurso de inconstitucionalidade” pode ser veiculado pelo Presidente do Governo, pelo Defensor do Povo, por cinquenta deputados ou cinquenta senadores, pelos órgãos colegiais executivos das Comunidades Autônomas e eventualmente por suas assembleias. Já a “questão de inconstitucionalidade” concretiza o controle pela via incidental e concreta, quando qualquer órgão judicial remeter ao Tribunal Constitucional a dúvida acerca da validade de uma norma necessária para a resolução de um caso concreto²²⁶.

Existe também a possibilidade de que, após o esgotamento das vias judiciais ordinárias, os cidadãos pleiteiem a proteção de seus direitos fundamentais perante o Tribunal Constitucional por meio do recurso de amparo, com fundamento na

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 110.

²²² FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 83.

²²³ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 109 e 119.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 423.

²²⁵ FAVOREAU, Louis. Op. cit., p. 103.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 420-421.

inconstitucionalidade da norma que fundamenta um ato administrativo ou jurisdicional²²⁷. Para García de Enterría, os direitos fundamentais ocupam lugar central na construção dos valores constitucionais, e em última instância, a eficácia da Constituição pode ser identificada como a eficácia dos direitos fundamentais. Isso basta a justificar a proteção reforçada aos direitos fundamentais, e a própria função do Tribunal Constitucional de garantia destes direitos²²⁸.

De toda sorte, não há previsão de controle difuso na Espanha, e as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional têm autoridade de coisa julgada, impondo-se aos poderes públicos e a todas as autoridades, inclusive à jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional²²⁹.

Também na Tchecoslováquia existe a proibição de que os juízes ordinários examinem a constitucionalidade das leis, competência que é atribuída com exclusividade ao Tribunal Constitucional que, ademais, nesse país, dedica-se única e exclusivamente a esta função²³⁰.

Demais dos países já mencionados, Mauro Cappelletti aponta que também Chipre, Turquia e Iugoslávia, países da tradição do *civil law*, vieram a adotar o controle concentrado de constitucionalidade²³¹.

Roger Stiefelmann Leal soma a essa lista os seguintes Estados: Bélgica, Polônia, Macedônia, Hungria, Romênia e Eslovênia, dentre outros²³².

É necessário pontuar que a França, por sua vez, tradicionalmente adotou um modelo de controle de constitucionalidade com características bastante diversas daquelas encontradas, de forma geral, na Europa continental. A constituição de 1958 previu o Conselho Constitucional como órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade. No entanto, trata-se de um controle predominantemente preventivo,

²²⁷ Cf. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 141 e FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 109.

²²⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit., p. 142-143.

²²⁹ FAVOREAU, Louis. Op. cit., p. 110.

²³⁰ VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 377-378.

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 76.

²³² LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

que tem por objeto atos normativos ainda em fase de elaboração, e que por isso mesmo pode ser denominado de controle político²³³.

A revisão constitucional ocorrida em 2008 implementou na França o controle repressivo de constitucionalidade, ao facultar ao Conselho de Estado e à Corte de Cassação provocar o Conselho Constitucional por meio de incidente de inconstitucionalidade ligado ao julgamento de um caso concreto, quando se entender que determinada norma ofende os direitos e as liberdades fundamentais. Assim, apesar da limitação do controle repressivo exercido nestes termos, também na França vige um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, no qual, uma vez que se julgue pela inconstitucionalidade da norma em discussão, tal decisão apresentará eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.²³⁴

O exame de algumas das principais características dos sistemas de jurisdição constitucional dos países europeus acima tratados permite chegar-se à seguinte conclusão: apesar de não se tratar de uma vinculação necessária e obrigatória, é muito nítida a relação que se estabeleceu entre a presença da tradição do *civil law* em um Estado e a adoção de um modelo concentrado de fiscalização de constitucionalidade.

Ou seja, apesar de não haver uma relação mandatória entre países da tradição romanística e a adoção do modelo concentrado, essa associação ocorreu na prática, em virtude das razões históricas e estruturais relacionadas no início deste capítulo.

Tomando-se por base a experiência de todos estes países, ora demonstrada, é necessário entender-se como e por que motivo o Brasil, também pertencente à tradição do *civil law*, trilhou caminho tão diverso, ao conjugar a tradição jurídica romanística com a adoção do modelo difuso de controle.

É importante ressaltar que, tanto nos Estados Unidos da América, quanto em outros países adeptos do *common law*, os inconvenientes do sistema difuso já mencionados acima foram evitados em razão da aplicação dos precedentes judiciais vinculantes. Desse modo, acaso surjam divergências quanto à constitucionalidade de uma lei, a discussão eventualmente chegará às Cortes superiores, cuja decisão será vinculante para os demais

²³³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130-135.

²³⁴ *Ibidem*, p. 134 e MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 125.

órgãos judiciários, pacificando e unificando assim a questão. De forma que o *stare decisis* resolve os conflitos e divergências que o sistema difuso pode propiciar²³⁵.

Em suma, nosso país parece ter se distanciado das recorrentes combinações entre o *civil law* e o controle concentrado, e o *common law* e o controle difuso, conforme visto. É preciso analisar então o processo que levou à consagração do sistema difuso no Brasil, e quais as consequências daí advindas.

3.2 A adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil

3.2.1 A Constituição Política do Império do Brasil (1824)

A Constituição Imperial de 1824, fundada nos dogmas da soberania do Parlamento e da rígida separação dos Poderes, sob a influência do pensamento francês, outorgou ao Poder Legislativo a tarefa de *fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*, bem como de *velar na guarda da Constituição* (artigo 15, incisos VIII e IX²³⁶)²³⁷.

Assim, o controle de constitucionalidade deveria ser realizado pelo Poder Legislativo que, no entanto, manteve-se inerte diante da força do Poder Moderador, ao qual competia assegurar *a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos*, nos termos do artigo 98²³⁸. Essa Constituição, portanto, não previu qualquer forma de controle jurisdicional de constitucionalidade²³⁹.

3.2.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)

Por sua vez, a Constituição de 1891, que instituiu a Federação e a República, veio consagrar a adoção do sistema difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade no

²³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 80-82.

²³⁶ “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral

[...]

VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.

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

[...]” (*sic*)

²³⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 912.

²³⁸ “Art. 98. 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 Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” (*sic*)

²³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 201.

Brasil. Foi decisiva a influência de Rui Barbosa, grande conhecedor da doutrina constitucional estadunidense, e principal redator da Constituição brasileira de 1891²⁴⁰.

A denominada Constituição provisória de 1890 (Decreto n. 510/1890), em seu artigo 58, §1º, alíneas *a* e *b*, e artigo 59, alínea *a*, já previa um modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade:

Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

Das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;
- b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.

Art. 59. Compete aos juizes ou tribunaes federaes decidir:

- a) as causas em que alguma das partes estribar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

[...] (*sic*)

O Decreto n. 848/1890, por seu turno, veio fixar as bases do sistema incidental e concreto de controle em seu artigo 3º, ao prescrever que a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte, na guarda da Constituição: “Art. 3º Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte”. (*sic*)

O artigo 386 deste mesmo Decreto deixa claro o prestígio de que gozava o sistema estadunidense, ao estabelecer que “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal”²⁴¹. (*sic*)

A Constituição de 1891, por sua vez, originariamente trouxe a seguinte redação em seu artigo 59, §1º, e artigo 60:

²⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

²⁴¹ “Art. 386. Constituirão legislação subsidiaria em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.” (*sic*)

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

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

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

Art. 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) As causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

[...]

Com base nos dispositivos legais acima transcritos, Rui Barbosa defende o poder conferido a todos os tribunais para a fiscalização de constitucionalidade. É importante transcrever a doutrina do autor, que compara a Constituição estadunidense com a brasileira no seguinte trecho:

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

Muito mais concludente é a Constituição brasileira.

[...]

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. [...] Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.”²⁴² (grifo nosso)

Rui Barbosa conjuga o princípio da soberania da Constituição com a necessidade de sua defesa perante os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo que exorbitem de suas funções constitucionais. Com base nesse entendimento, conclui o autor que a fiscalização de constitucionalidade constitui não só um direito legal, mas um *dever inevitável* dos tribunais²⁴³.

De forma que, para Rui Barbosa, inspirada no direito norte-americano, “lâmpada de segurança” do direito brasileiro à época, a Constituição de 1891 teria reconhecido

²⁴² BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2010, p. 52-53.

²⁴³ *Ibidem*, p. 72-76.

expressamente o *princípio fundamental* da autoridade conferida a *todos os tribunais*, federais, ou locais, para o controle de constitucionalidade²⁴⁴.

Seguindo-se a linha da norma constitucional, a Lei Federal n. 221/1894 explicitou ainda mais a adoção de um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, em seu artigo 13, §10:

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição. (*sic*)

Rui Barbosa ainda entendia que a justiça não é auxiliar dos que decretam a lei, nem dos que a executam; por isso mesmo, o *judicial review* é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação, que assegura a estabilidade dos princípios constitucionais pelo julgamento de casos concretos²⁴⁵. O autor assenta as seguintes conclusões acerca das condições que legitimam o apelo ao Poder Judiciário contra as inconstitucionalidades administrativas ou legislativas:

1. Que o direito, cuja ofensa se acusa, assente em disposição constitucional, se o ato impugnado é do Poder Legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, se o ato acoimado for da administração.
2. Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.
3. Que essa intervenção se determine por ação regular, segundo as formas técnicas do processo.
4. Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do Poder Legislativo, ou Executivo, mas refira-se à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.
5. Que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão.
6. Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o ato não for revogado pelo poder respectivo, de novas ações, processadas cada uma nos termos normais.²⁴⁶

A partir destas normas legais e da contribuição doutrinária de Rui Barbosa, incorporou-se definitivamente a nosso ordenamento jurídico o sistema de controle de

²⁴⁴ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2010, p. 19, 53 e 73.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 85.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 99-100.

constitucionalidade jurisdicional, repressivo, difuso, incidental, concreto e subjetivo, com decisões declaratórias de nulidade e com efeitos *inter partes*²⁴⁷.

Lenio Streck leva em consideração um outro fator histórico que teria contribuído para a positivação do controle jurisdicional no Brasil. Relata o autor que, após a promulgação da Constituição de 1891, um novo Poder Legislativo deveria ser eleito. Os defensores dos ideais republicanos temiam que o novo Congresso fosse dominado pelos conservadores, e os princípios da monarquia fossem trazidos de volta por meio da legislação infraconstitucional.

Foi assim que, levando em conta este quadro político-institucional, a Assembleia Constituinte republicana que redigiu a Constituição de 1891 teria entregado a garantia da instituição e da afirmação da República nas leis infraconstitucionais aos juízes e ao Supremo Tribunal Federal (“STF”), transferindo tal poder do Congresso para o Poder Judiciário.

Em face desta interessante constatação, conclui o autor que o estado da jurisdição constitucional pós-Constituição de 1988 demonstrará os acertos e os erros das opções há longo tempo realizadas pelos republicanos²⁴⁸.

3.2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)

Os principais problemas do sistema difuso de controle logo começaram a se manifestar em nossa ordem jurídica. A Constituição de 1934, que se seguiu à de 1891, já veio marcar a ruptura do consenso que até então existia quanto à adequação do modelo importado dos Estados Unidos, principalmente por conta das decisões múltiplas e divergentes que passaram a surgir, acerca da constitucionalidade de um mesmo ato normativo, gerando grave insegurança jurídica²⁴⁹.

Para contornar tais inconvenientes, no âmbito da Assembleia Constituinte o Deputado Nilo Alvarenga chegou a apresentar um projeto de instituição de uma Corte

²⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187-188.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 496-499.

²⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 189.

Constitucional inspirada no modelo austríaco, que teria a competência exclusiva para realizar o controle de constitucionalidade²⁵⁰.

Referido projeto não teve acolhida, mas a Constituição de 1934 trouxe profundas e significativas alterações ao sistema brasileiro de controle, apesar de ter mantido o método difuso e incidental de fiscalização.

Em primeiro lugar, o artigo 179²⁵¹ de tal lei fundamental estabeleceu a exigência de quorum especial (maioria absoluta) para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, de forma a evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais²⁵².

Além disso, foi outorgada competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (artigos 91, inciso IV, e 96²⁵³), novidade que tinha por objetivo resolver a questão da falta de eficácia geral das decisões tomadas por este Tribunal em sede de controle de constitucionalidade²⁵⁴. Com isso, almejava-se evitar a disparidade das decisões dos órgãos inferiores, problema que o sistema de matriz estadunidense provoca nos sistemas filiados ao *civil law*, nos quais não se aplica o *stare decisis*²⁵⁵.

A terceira inovação relevante foi a representação interventiva, que possibilitou à União a intervenção nos Estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais previstos no artigo 7º, inciso I, alíneas *a* a *h*. Tal intervenção deveria ser decretada por meio de lei federal de iniciativa do Senado, levada ao conhecimento da Corte Suprema por intermédio de representação do Procurador-Geral da República. Somente depois de declarada a constitucionalidade desta lei pela Corte Suprema é que poderia se

²⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1062.

²⁵¹ “Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

²⁵² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1061.

²⁵³ “Art. 91 - Compete ao Senado Federal:

[...]

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

[...]”

“Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.”

²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1061.

²⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

efetuar a intervenção em questão (conforme previsão do artigo 12, inciso V e §§ 1º e 2º, e artigo 41, §3º).

Pode-se dizer que a declaração de constitucionalidade da lei interventiva correspondia à declaração de inconstitucionalidade da lei que ensejou a necessidade de intervenção, verificando-se aí as bases do controle de constitucionalidade pela via direta em nosso país²⁵⁶.

De todo modo, vê-se desde então que nosso sistema de controle vem buscando mecanismos para compor a falta de uniformidade entre as decisões judiciais, fruto da adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade.

3.2.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)

A Constituição de 1937 manteve o controle difuso e a exigência de quorum especial para a decretação de inconstitucionalidade pelos tribunais. Demais disso, centralizadora e autoritária, estabeleceu regras que fortaleciam sobremaneira o Poder Executivo, e significou grande estagnação e retrocesso no que toca ao controle de constitucionalidade²⁵⁷.

Seu artigo 96, parágrafo único, criou a possibilidade de o Presidente da República submeter uma lei declarada inconstitucional ao Parlamento, quando a considerasse *necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta*. Uma vez confirmada a validade da lei por dois terços dos votos em cada uma das Câmaras, tornava-se sem efeito a decisão do Poder Judiciário.

Tal norma gerou bastante polêmica, por permitir que o juízo do Presidente acerca da conveniência da norma pudesse vir a suplantar sua inconstitucionalidade²⁵⁸.

3.2.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)

A Constituição brasileira seguinte, de 1946, reequilibrou as forças entre os Poderes, no contexto do movimento de redemocratização instaurado no país.

²⁵⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 919.

²⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 202.

²⁵⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 920.

Manteve o controle difuso, a exigência de maioria absoluta dos membros dos Tribunais para declarar inconstitucionalidade (artigo 200), bem como a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou de decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (artigo 64).

Emprestou nova conformação à representação de inconstitucionalidade interventiva, nos casos de violação dos princípios constantes do artigo 7º, inciso VII. O ato apontado como inconstitucional deveria então ser submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, de forma que a intervenção federal ficava subordinada à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal (artigo 8º, parágrafo único).

No entanto, a essa altura, já era claro que os institutos da resolução senatorial e da representação interventiva atenuavam as divergências decisórias quanto à constitucionalidade das leis, mas não eram o suficiente. Assim, quando da edição da Emenda Constitucional n. 16/1965, introduziu-se a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (artigo 101, inciso I, alínea *k*). Foi instituído, assim, o controle abstrato de constitucionalidade em nossa ordem jurídica²⁵⁹.

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, tentou-se introduzir novos instrumentos para atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre prejudiciais de inconstitucionalidade. Sempre no intuito de resolver as dificuldades da conjugação do sistema difuso com a tradição do *civil law*. E assim, no bojo da EC n. 16/1965, foi proposta a criação de um incidente autônomo de inconstitucionalidade, a ser suscitado pelo Procurador-Geral da República ou pelo próprio Pretório Excelso, em qualquer processo em curso perante outro juízo, para que o Supremo Tribunal Federal decidisse com eficácia geral acerca da validade do ato normativo. No entanto, a proposta foi rejeitada pela Comissão incumbida de avaliar o assunto²⁶⁰.

Outra tentativa similar foi a de inclusão do §3º no artigo 101, determinando que as normas consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal perderiam eficácia a partir da declaração do Presidente da Corte. Caberia ao Senado Federal tão somente publicar no

²⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208-210.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 211-212.

Diário Oficial a conclusão do julgado (artigo 64), de forma que se atribuía eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal, independentemente da suspensão da norma pela resolução senatorial. Tal proposta de alteração também restou rejeitada²⁶¹.

Por fim, a EC n. 16/1965 facultou aos Estados instituir a competência originária de seus Tribunais de Justiça para fiscalizar a constitucionalidade de lei ou ato municipal, tendo como parâmetro a Constituição estadual (artigo 124, inciso XVIII).

3.2.6 A Constituição do Brasil (1967) e a Emenda Constitucional n. 1/1969

A próxima Constituição pátria, de 1967, não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. Manteve o sistema difuso por um lado, e a ação direta de inconstitucionalidade, por outro. E a Emenda Constitucional n. 1/1969 manteve praticamente inalteradas as disposições sobre o sistema de controle de constitucionalidade da Carta de 1967²⁶².

Uma das novidades mais interessantes foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 7/1977, que previu a possibilidade de o Procurador-Geral da República oferecer representação ao Supremo Tribunal Federal para interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual (artigo 119, inciso I, alínea *l*). Tal instituto tinha por objetivo evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei²⁶³.

A doutrina aponta que, para compreender tal previsão, é necessário levar em conta que as decisões do STF, quando interpretavam lei ou ato normativo federal ou estadual, não eram respeitadas pelos tribunais inferiores, de forma que não se consolidava a interpretação de uma dada norma. Em vista da necessidade de se atribuir autoridade às decisões do tribunal superior é que foi preciso criar esta representação, que daria ensejo a

²⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1067.

²⁶² RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220.

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 1068.

um precedente de caráter vinculante²⁶⁴. Lenio Streck vê nesse dispositivo o início da introdução do efeito vinculante no direito brasileiro²⁶⁵.

Mais uma vez verifica-se no Brasil a necessidade de uniformizar os pronunciamentos jurisdicionais, considerando a característica difusa de nosso sistema de controle, conjugada com os traços da tradição do *civil law*, que renderam ampla liberdade de julgamento aos órgãos jurisdicionais, sem qualquer respeito às decisões superiores.

Outra inovação relevante da mencionada Emenda Constitucional n. 7/1977 foi a positivação da possibilidade de concessão de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade (artigo 119, inciso I, alínea *p*).

3.2.7 A Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Por fim, veio a atual Constituição Federal de 1988 trazer as seguintes inovações com relação a nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, estabeleceu a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual ou federal, com ampla legitimidade para sua propositura (artigo 102, inciso I, alínea *a*, *c/c* artigo 103).

Além disso, previu a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, de forma abstrata por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e de forma concreta por meio do mandado de injunção (artigos 103, §2º; e 5º, inciso LXXI, *c/c* 102, inciso I, alínea *q*).

Retomou a possibilidade de os Estados instituírem o controle de constitucionalidade abstrato de normas estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (artigo 125, §2º).

E previu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º), regulamentada pela Lei federal n. 9.882/1999, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Mais tarde, a Emenda Constitucional n. 3/1993 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, afirmando expressamente sua eficácia

²⁶⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 927. Ressalta-se que tal instituto não foi mantido na Constituição Federal de 1988.

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 522.

contra todos e efeito vinculante (artigo 102, §2º)²⁶⁶. E a Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a legitimação ativa para a propositura desta última ação (artigo 103), bem como deixou expresso que a eficácia contra todos e o efeito vinculante previstos no artigo 102, §2º, aplicam-se também à ação direta de inconstitucionalidade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que o rol de legitimados assim estabelecido para a propositura de ações diretas denota um caráter eminentemente político de tal controle, eis que deferido a autoridades e entidades essencialmente políticas²⁶⁷.

Adicionalmente, tal Emenda instituiu a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (artigo 103-A), que estabelece a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, com efeito vinculante, e estabeleceu a exigência da demonstração de repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário (artigo 102, §3º).

Em vista desse quadro, Rubens Beçak alerta que na vigência da Constituição de 1988 ocorreu evidente desbalanceamento no controle de constitucionalidade brasileiro, que passou a privilegiar o sistema concentrado nas previsões legais constitucionais²⁶⁸.

O alargamento da legitimação para agir, bem como a previsão de novas ações de controle abstrato, contribuiriam para a tentativa de obter maior uniformidade na prestação jurisdicional. No entanto, mesmo depois de toda a evolução e das várias mudanças sofridas por nosso sistema de controle, ele ainda guarda sua característica essencial de difusão, e apresenta os mesmos problemas detectados logo que se instituiu o sistema difuso em nosso país.

Uma vez examinado o percurso histórico que levou à adoção do modelo difuso de controle de constitucionalidade no Brasil, buscarei apontar os motivos determinantes para tal opção, bem como as principais consequências negativas associadas a esse modelo em nosso país.

²⁶⁶ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a necessidade de inscrever a determinação do efeito vinculante na Constituição atesta uma triste perda de autoridade do Supremo Tribunal Federal, afinal decorre da própria lógica de uma decisão com eficácia *erga omnes*, proferida pela mais alta Corte do país, que todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública estejam adstritos à sua observância. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 247).

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 245.

²⁶⁸ BEÇAK, Rubens. Controle Difuso (Aspectos Gerais). In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1590.

3.2.8 Motivos determinantes e consequências da adoção do sistema difuso pelo Brasil

Já examinamos acima as principais razões que levaram ao sucesso do controle concentrado nos países europeus de tradição jurídica romanística. É necessário indagar acerca da presença destes fatores no Brasil, para averiguar sua possível influência na definição dos moldes de nossa justiça constitucional.

É certo que as circunstâncias históricas que conformaram o constitucionalismo europeu certamente não se repetiram de idêntica forma em nosso país.

No entanto, conforme apontado no capítulo 1, a tradição jurídica brasileira fundou-se nos princípios basilares da família romano-germânica, por meio do direito trazido de Portugal²⁶⁹.

Assim, existe ao menos um fator comum bastante forte entre os países da Europa continental e o Brasil, consubstanciado na adoção da tradição jurídica do *civil law* (e conseqüentemente na ausência do instituto do *stare decisis*), que poderia ter impellido nosso país a buscar uma justiça constitucional concentrada, da mesma forma que ocorreu nos demais países analisados, para evitar-se a discrepância nas decisões de controle, em não havendo um mecanismo forte para a uniformização da jurisprudência.

No entanto, como se viu acima, podemos mencionar dois relevantes fatores que levaram à opção pelo sistema difuso. O primeiro deles pode ser entendido como o grande prestígio de que gozava o modelo estadunidense perante a doutrina pátria da época, em especial Rui Barbosa, influente redator da Constituição Brasileira de 1891.

O outro fator, conforme tratado por Lenio Streck, teria sido a opção da Assembleia Constituinte republicana que redigiu a Constituição de 1891 de entregar a garantia da instituição e da afirmação da República nas leis infraconstitucionais aos juízes e ao Supremo Tribunal Federal, transferindo tal poder do Congresso para o Poder Judiciário²⁷⁰.

Foi dessa forma que se conjugou, aqui, a tradição do *civil law* com o sistema difuso, na contramão do que fizeram tanto os Estados Unidos da América, quanto diversos países da Europa continental.

²⁶⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama of brazilian civil law from its origins to the present. In DOLINGER, J.; ROSENN, K. S. (eds). *Panorama of Brazilian Law*. Florida: University of Miami North-South Center/Esplanada, 1992, p. 92-103.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 496-499.

A questão relevante então é: quais são as consequências dessa conjugação?

Jorge Miranda entende que o sistema brasileiro compreende um acervo de meios de garantia de constitucionalidade quase sem paralelo noutros sistemas²⁷¹. Assim, conclui-se que o instrumental disponível para a defesa da Constituição não se mostra prejudicado pela tão só associação entre o controle difuso e a tradição jurídica romanística.

Mas independentemente da abrangência de nosso sistema de garantias, quer parecer que a principal implicação negativa da mencionada combinação de elementos reside na falta de uniformidade das decisões judiciais em nosso país.

A doutrina aponta que no Brasil, “relativamente ao controle de constitucionalidade, o drama do modelo é a ausência do *stare decisis*”. Afinal, uma vez julgado um recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente não havia vinculação obrigatória dos demais juízos brasileiros ao entendimento firmado pelo tribunal de cúpula. Enquanto que, nos Estados Unidos, o princípio do *stare decisis et non quieta movere* confere coerência ao sistema, de forma tal que decidida a inconstitucionalidade pela Suprema Corte, os demais juízes não mais aplicarão a referida norma a casos concretos análogos, como regra geral²⁷².

A ausência de uniformidade nas decisões de controle de constitucionalidade traz prejuízos desde o planejamento estatal, pela imprevisibilidade tanto da arrecadação tributária quanto das despesas públicas, já que muitas das leis que instituem tributos e que concedem benefícios têm sua constitucionalidade questionada, até o planejamento na atividade econômica privada, que deixa de realizar investimentos em razão da grande incerteza atrelada à validade da legislação²⁷³.

A divergência decisória se verifica de forma alarmante, em prejuízo da previsibilidade, da certeza e da segurança jurídica para os jurisdicionados. A sobrecarga constatada no Poder Judiciário não cessa, eis que a mesma questão continua tendo que ser decidida milhares de vezes, face à ausência de efeitos *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle concreto e incidental.

²⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 127, tomo VI.

²⁷² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 920, p. 133-149, 2012.

²⁷³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364.

A opção pelo sistema difuso trouxe muitos percalços a nossa ordem jurídica, em especial no que toca à necessidade por isonomia e por segurança jurídica.

Assim, ficou impedida a estagnação e a consolidação de nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continua a evoluir, buscando ferramentas para atenuar os atritos entre a tradição romanística e o sistema difuso.

Insta mencionar que o sistema português de controle de constitucionalidade aproxima-se do brasileiro em relevante medida. Segundo Jorge Miranda, existem sistemas que incorporam atributos de mais de um modelo, e que por isso podem ser denominados de mistos, intermédios ou complexos, sendo o caso do Brasil e de Portugal²⁷⁴.

Por esse motivo, no próximo item serão analisadas as características fundamentais do sistema de controle adotado em Portugal, para avaliar se há alguma solução de aplicação útil ao caso brasileiro.

3.3 O sistema português

A Constituição portuguesa de 1911, em seu artigo 63º, consagrou formalmente o princípio da *judicial review* dos atos legislativos inconstitucionais. J. J. Gomes Canotilho enxerga nessa Constituição a inspiração advinda da Carta brasileira de 1891, bem como da lei brasileira n. 221/1894²⁷⁵.

Por sua vez, a Constituição de 1933 manteve o sistema jurisdicional difuso, mas a revisão implementada em 1971 abriu a possibilidade de a Assembleia Nacional daquele país realizar fiscalização abstrata. Em 1974, por meio de lei, foi atribuída ao Conselho de Estado a função de declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de qualquer norma, atribuição depois transferida para o Conselho da Revolução²⁷⁶.

Tal Conselho atuava nesse mister mediante o prévio parecer de um órgão de caráter técnico-jurídico, com competência específica em matéria de controle de constitucionalidade, denominado Comissão Constitucional – em vista da natureza destes

²⁷⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 125, tomo VI.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 914.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 914-915.

órgãos, José Manuel M. Cardoso da Costa ressalta que não se podia enxergar neste sistema uma jurisdição constitucional verdadeira, apesar de vislumbrar-se já seus antecedentes²⁷⁷.

Em sequência, o texto constitucional português de 1976 manteve o sistema denominado por Canotilho como misto, “de fiscalização judicial difusa e de fiscalização concentrada abstrata”. A revisão de 1982 criou um Tribunal Constitucional com as feições de verdadeiro órgão jurisdicional, e com as funções de realizar o controle pela via principal, e também de apreciar, em sede de recurso, as questões de inconstitucionalidade decididas de forma prejudicial pelos demais tribunais²⁷⁸.

A doutrina portuguesa afirma a originalidade do sistema português, que seria um sistema misto complexo. Neste sistema, o controle difuso, concreto e incidental é de competência de todos os tribunais – judiciais, administrativos e fiscais, a partir da impugnação das partes, ou mesmo de ofício. Sua originalidade, no entanto, adviria de dois elementos. Em primeiro lugar, o fato de que não se trata de um sistema puro de *judicial review*, eis que existe também o controle abstrato, no qual o Tribunal Constitucional decide com força obrigatória geral acerca da validade da norma, de forma preventiva ou sucessiva (artigos 278 a 281). E em segundo lugar, o fato de que não se consagra um sistema de incidentes de inconstitucionalidade, pois os tribunais têm competência plena para decidir acerca da inconstitucionalidade (artigo 204²⁷⁹), e não apenas para remeter um incidente ao Tribunal Constitucional²⁸⁰.

Assim é que todos os tribunais portugueses são órgãos da justiça constitucional. Como ocorre também no Brasil.

Há que se realizar aqui a crítica à doutrina portuguesa, quando menciona a originalidade de seu sistema de controle. Isso porque, apenas em 1971 foi inaugurada a possibilidade de fiscalização abstrata naquele país, enquanto no Brasil desde a Emenda Constitucional n. 16/1965 já estava consagrada a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza

²⁷⁷ CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13-14.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 916.

²⁷⁹ “Artigo 204. Apreciação da inconstitucionalidade - Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.”, disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04/12/2016.

²⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 917-918.

normativa federal ou estadual, restando definitivamente instituído o controle direto e abstrato em nossa ordem jurídica, em convivência com o controle difuso e concreto.

Na fiscalização difusa, concreta e incidental portuguesa, das decisões dos tribunais que tenham conhecido da questão da constitucionalidade de uma norma caberá o denominado recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional (artigo 280/1²⁸¹). O objeto deste recurso abrange apenas a decisão judicial acerca da questão de constitucionalidade; não trata do mérito do caso em julgamento, e as decisões proferidas nesta sede pelo Tribunal Constitucional só têm efeitos no caso concreto²⁸².

A legitimidade para este recurso é daquele que poderia interpor recurso ordinário da decisão, ou do Ministério Público – quanto a este órgão, a legitimidade não é ilimitada, compreendendo os casos em que ele atue como parte do processo e determinadas situações legalmente definidas, que de forma geral coincidem com as situações de recurso obrigatório por parte deste órgão²⁸³.

Já no controle abstrato sucessivo, a conformidade da norma com o parâmetro constitucional independe de um caso concreto, atuando o Tribunal Constitucional como defensor da Constituição. Nesta hipótese, as decisões do Tribunal que pronunciam a inconstitucionalidade da norma têm força obrigatória geral, vinculando todos os órgãos constitucionais, tribunais, autoridades administrativas, bem como apresentando força de lei perante os indivíduos (artigo 281/1²⁸⁴), contando em regra com eficácia *ex tunc* (que pode

281 “Artigo 280.º Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

[...]”, disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04/12/2016.

²⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 989 e 1000.

²⁸³ CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 79.

284 “Artigo 281.º Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;

b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;

c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma;

d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

[...]”, disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04/12/2016.

ser afastada para atender à segurança jurídica, à equidade e a especiais razões de interesse público) e efeito reprimatário²⁸⁵. Já as decisões que não pronunciam a inconstitucionalidade da norma não apresentam tal eficácia preclusiva e vinculante²⁸⁶.

Apenas figuram como legitimados para requerer o controle abstrato os órgãos e entidades públicas referidos nos artigos 278 e 283 da Constituição, o que significa dizer que não foi consagrada uma ação popular direta de inconstitucionalidade em Portugal²⁸⁷.

Alinhadas as principais características do modelo português, que atestam sua similaridade com o sistema brasileiro de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, apontaremos a seguir dois elementos que, a nosso ver, merecem menção nesse sistema.

Um primeiro aspecto interessante do sistema português, para os fins deste estudo, reside no denominado por Canotilho processo de generalização. Quando o Tribunal Constitucional julgar pela inconstitucionalidade de uma norma por três vezes, em três casos concretos diferentes (no exercício do controle concreto e difuso), ele poderá fixar a inconstitucionalidade da norma com força obrigatória geral. Tal procedimento deverá ser instaurado de ofício por qualquer juiz do Tribunal ou pelo Ministério Público, e dá início a um processo de fiscalização abstrata que atribui à decisão a mesma eficácia e os mesmos efeitos das decisões proferidas nos casos de controle abstrato sucessivo (artigo 281/3²⁸⁸)²⁸⁹.

Vide a relevância conferida por J. J. Gomes Canotilho ao instituto:

[...] como em Portugal não há a regra do *stare decisis* do sistema americano (vinculação aos precedentes dos tribunais superiores), haveria uma grande diversidade de juízos se não se estabelecesse um modo de uniformização através do sistema concentrado.²⁹⁰

Tal instituto parece inovação aplicável ao direito brasileiro. Nosso sistema não dispõe de norma semelhante, que converta expressamente os julgamentos realizados em

²⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1005 e 1009 e CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91-94.

²⁸⁶ CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. Op. cit., p. 96.

²⁸⁷ Ibidem, p. 69.

²⁸⁸ “3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.”, disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04/12/2016.

²⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1024-1025 e CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. Op. cit., p. 91.

²⁹⁰ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1025.

sede de controle concreto em um processo de fiscalização jurisdicional abstrata, que resultará numa decisão com efeito vinculante e eficácia contra todos, dotada em regra de efeitos *ex tunc*.

No entanto, a utilidade de tal método a nosso sistema pode entrar em dúvida quando se verifica que a norma constante do atual artigo 52, inciso X²⁹¹, da Constituição Federal brasileira de 1988, consagra instituto que traz consequências semelhantes. Trata-se da resolução senatorial que suspende a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Afinal, o objetivo desta norma, como já mencionado, foi o de emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em sede do controle concreto²⁹².

A interpretação do dispositivo brasileiro é cercada de polêmicas, existindo relevante parcela da doutrina nacional que entende que a suspensão do ato normativo pelo Senado conta com efeitos *ex tunc*²⁹³, enquanto outra parcela defende que os efeitos da decisão suspensiva do Senado só podem ser *ex nunc*²⁹⁴.

Assim, caso se entenda que a suspensão do ato normativo pelo Senado é dotada de efeitos *ex tunc*, parece que o método português não agregaria novidade ao sistema

²⁹¹ “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;

[...]”

²⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1109.

²⁹³ Em defesa desta posição, vide por exemplo CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122-123; e BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 167. O Decreto federal n. 2.346/1997 também contém dispositivo que parece sustentar esta posição:

“Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

[...]” (grifos nossos)

²⁹⁴ Nesse sentido, vide por exemplo o entendimento de STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 555; e de Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari, conforme levantamento feito por Clèmerson Merlin Clève (Op. cit., p. 122).

brasileiro. No entanto, caso se defenda a atribuição tão somente do efeito *ex nunc* à resolução senatorial, o instituto consagrado no direito português poderia representar instrumento útil, ao conferir às decisões do controle difuso os mesmos efeitos daquelas decisões proferidas em sede de controle abstrato.

Outro elemento interessante do sistema português é a obrigatoriedade de o Ministério Público recorrer ao Tribunal Constitucional em determinadas situações, em sede do controle difuso e concreto. Dentre elas, duas hipóteses sobressaem para os fins deste estudo: (i) quando a norma declarada inconstitucional (ou ilegal) por um tribunal tratar-se de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar; e (ii) quando for aplicada pelo órgão de origem uma norma já declarada inconstitucional pelos órgãos máximos da Justiça Constitucional. No primeiro caso, o órgão ministerial atua como garante institucional da presunção de legitimidade daquelas relevantes normas, enquanto no segundo caso atua como guardião da coerência e da unidade jurisprudencial da Justiça Constitucional²⁹⁵.

No Brasil, o Ministério Público pode suscitar a questão de inconstitucionalidade quando for parte ou quando oficiar como fiscal da ordem jurídica²⁹⁶. No entanto, não existe qualquer obrigatoriedade para o órgão ministerial de recorrer. O método consagrado no direito português obriga a que, na inércia da parte interessada, o Ministério Público recorra ao Tribunal Constitucional para que se evite de normas tão relevantes do ordenamento serem julgadas inconstitucionais sem que haja uma revisão por parte do Tribunal Superior, bem como para se evitar que os tribunais inferiores apliquem normas já declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Supremo.

Tal método também parece de aplicação possível no direito brasileiro, a fortalecer o papel do fiscal da ordem jurídica, contribuindo para sua coesão.

Em suma, da análise de um sistema em boa medida próximo do brasileiro, quer parecer que estes dois instrumentos acima mencionados, sem similar no direito pátrio, podem configurar ferramentas cuja implementação em nosso sistema só contribuiria para a urgente uniformização das decisões e para o respeito às determinações superiores em matéria de fiscalização constitucional, não se vislumbrando óbice de incompatibilidade

²⁹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – O contencioso constitucional português – entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 643-644, tomo II.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 117.

com o modelo brasileiro. Extraem-se assim algumas possíveis contribuições do modelo português para o direito pátrio.

4. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

4.1 A evolução do sistema brasileiro como sintoma da necessidade por isonomia e por segurança jurídica

José Levi Mello do Amaral Júnior assevera que a evolução do modelo brasileiro de controle é “marcada e determinada pela busca de sucedâneos normativos ao *stare decisis*”, o elemento que confere funcionalidade e coerência decisórias ao sistema americano, mas que não foi adotado no Brasil quando positivado o sistema difuso em nosso país. Assim, afirma o autor que foi pela via normativa que se buscou suprir essa lacuna.

Dentre tais sucedâneos normativos, o autor elenca oito: (i) a competência atribuída ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) a regra do *full bench*, que determina que apenas a maioria absoluta dos membros de um tribunal ou de seu órgão especial pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público; (iii) a representação interventiva, prevista desde a Constituição de 1934, como modalidade limitada de controle abstrato de normas; (iv) a adoção de mecanismos efetivos de controle abstrato por meio da EC n. 16/1965, que introduziu a representação de inconstitucionalidade; (v) a força vinculante atribuída pela EC n. 7/1977 à representação interpretativa, antecedente do atual efeito vinculante; (vi) os mecanismos de controle abstrato instituídos pela Constituição de 1988; (vii) o efeito vinculante introduzido pela EC n. 3/1993; e (viii) a súmula vinculante e a necessidade de demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário²⁹⁷.

Alguns desses sucedâneos visaram a privilegiar a concentração do controle em nossa Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal, enquanto outros sucedâneos buscaram tão somente mitigar as divergências decisórias no seio do método difuso.

Por outro lado, algumas tentativas bastante direcionadas a um modelo concentrado não foram acolhidas ao longo do processo de evolução de nosso sistema de controle. Pode-

²⁹⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 920, p. 133-149, 2012.

se citar a já referida proposta do Deputado Nilo Alvarenga, no âmbito da Assembleia Constituinte que levou à elaboração da Constituição de 1934, relativa ao projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco, que teria a competência exclusiva para realizar o controle de constitucionalidade²⁹⁸. Além desse malsucedido projeto, podemos mencionar a proposta de criação, no bojo da EC n. 16/1965 à Constituição de 1946, de um incidente autônomo de inconstitucionalidade, a ser suscitado pelo Procurador-Geral da República ou pelo próprio Pretório Excelso, em qualquer processo em curso perante outro juízo, para que o Supremo Tribunal Federal decidisse com eficácia geral acerca da validade do ato normativo; e a tentativa de inclusão do §3º no artigo 101 da Constituição de 1946, que determinava que as normas consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal perderiam eficácia a partir da declaração do Presidente da Corte, cabendo ao Senado Federal tão somente publicar no Diário Oficial a conclusão do julgado²⁹⁹. Todas estas propostas restaram rejeitadas.

Dessa forma, nota-se que apesar de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade ter sofrido alterações substanciais desde a sua instituição, no sentido de adotar técnicas características do controle concentrado, ainda preserva a característica essencial da difusão, que é o poder conferido a todos os órgãos do Poder Judiciário para aferir a compatibilidade das normas com a Constituição.

Pode-se sintetizar da seguinte forma a atual configuração do modelo brasileiro: o controle abstrato, realizado pela via principal, pode ser exercido perante o Supremo Tribunal Federal, com relação à conformidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais com a Constituição Federal, e perante os Tribunais de Justiça dos Estados, quando se tratar da conformidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual. O controle difuso e incidental também permanece, previsto de forma oblíqua no cabimento do recurso extraordinário (artigo 102, inciso III, da Constituição Federal), do qual decorre a possibilidade de juízes e tribunais declararem a inconstitucionalidade³⁰⁰, bem como na previsão de que a maioria absoluta dos membros de um tribunal ou de seu órgão especial podem declarar a inconstitucionalidade de leis ou de

²⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1062.

²⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211-212 e MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 1067.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 88.

atos normativos (artigo 97 da Constituição Federal), da qual se extrai a competência de todos os tribunais para tanto³⁰¹.

A evolução de nosso sistema de controle guiou-se em grande parte pela busca de conferir maior certeza do direito e garantir isonomia aos jurisdicionados. Mas mesmo após toda a evolução sofrida, ainda se verificam as disfunções consistentes na grande divergência jurisprudencial.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta que, embora o sentido das decisões varie a todo instante em nosso sistema jurídico, isso deve ser encarado como uma patologia. Muitos entendem que os juízes não devem respeito a outras decisões, e até mesmo que qualquer tentativa de vincular seus julgamentos seria uma forma de retirar seu livre convencimento e sua liberdade para julgar. Entretanto, é preciso compreender que as decisões judiciais são parte de um sistema jurídico completo, e não atos que devem ser construídos de forma puramente individual. A prevalência da posição pessoal de cada juiz atenta contra os princípios da isonomia e da segurança jurídica, em desfavor dos cidadãos³⁰².

O fato de que muitos juízes em nosso país entendem a independência funcional como o poder de cada julgador de decidir individualmente, segundo sua livre convicção e sua consciência, levou Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman a cunharem o termo “jurisimprudência”. Para tais autores, falta a compreensão de que a independência judicial é uma garantia do poder estatal como um todo, responsável pela interpretação e aplicação das leis. O magistrado é parte do sistema judicial e, ao decidir, deveria entregar a prestação jurisdicional conferindo às normas o mesmo sentido que os tribunais responsáveis, em última instância, por definir o sentido das normas, estabeleceram³⁰³.

Assim, para prestigiar-se a segurança jurídica e a igualdade, os cidadãos não podem se tornar reféns da consciência de magistrados singulares, sendo cada processo judicial uma loteria. A mal utilizada independência dos juízes termina por desprestigiar suas

³⁰¹ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, vol. 819/2004, p. 45 – 64, Jan / 2004.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62-63.

³⁰³ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*, RePro 231, p. 349-363, 2014.

decisões, ao invés de ressaltá-las, já que os litigantes sabem que por via recursal alcançarão resultado diferente perante as instâncias superiores³⁰⁴.

Ana Paula Oliveira Ávila ressalta que “a tônica desta garantia está, justamente, na autonomia do Judiciário em face dos demais poderes do Estado, cujos atos, diga-se de passagem, incumbe principalmente ao Judiciário controlar.” Por isso mesmo, a independência do magistrado deve ser entendida sob o aspecto funcional, que trata da “separação orgânica entre a função jurisdicional e as demais funções estatais, de modo que o magistrado, no exercício do seu mister, não se subordine à ingerência de outros agentes ou aos outros Poderes da República.”³⁰⁵.

Ou seja, a independência funcional dos magistrados está relacionada a uma garantia para que seu desempenho seja imparcial, e não à liberdade para que o magistrado julgue conforme seu entendimento individual, ignorando toda a coesão e o sentido de unidade do Poder Judiciário. Esta equivocada compreensão da independência funcional dos magistrados no Brasil é outro fator que agrava as disfunções do sistema difuso em nosso país, com relação à ausência de uniformidade das decisões de constitucionalidade.

Dessa forma, considerando que, mesmo após a adoção de todas as mencionadas novidades, os problemas relacionados ao sistema difuso e à falta de uniformidade decisória persistem em nosso modelo de controle de constitucionalidade, é necessário apontar as propostas identificadas na doutrina pátria, com o fim de aparar as arestas de nosso sistema difuso de controle. A partir daí, será possível identificar as tendências no sentido de uma migração para o controle concentrado, ou da permanência do método de controle difuso em nosso país. Antes disso, contudo, serão apresentados alguns dos principais pontos positivos e negativos de cada um destes modelos.

Jorge Miranda entende que existem argumentos clássicos tanto favoráveis quanto contrários à fiscalização judicial difusa, bem como à fiscalização judicial concentrada.

As principais defesas do critério difuso seriam no sentido de que envolve e responsabiliza todos os tribunais no cumprimento da Constituição, conferindo-lhes a plena dignidade de órgãos de soberania; traz a questão da inconstitucionalidade para o âmbito

³⁰⁴ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*, RePro 231, p. 349-363, 2014.

³⁰⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil law. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 147-72, out/dez. 2010.

jurídico, e não político; e permite a maior eficácia na salvaguarda da Lei Maior, não existindo a necessidade de se esperar pela decisão de um órgão central quando o próprio tribunal de origem pode decidir sobre a questão.

Já os argumentos contrários à difusão seriam a possibilidade de desarmonia dos julgados, com o conseqüente risco de desvalorização dos tribunais e da própria Lei Suprema, bem como o risco de não acatamento das decisões advindas de uma infinidade de tribunais pelos órgãos políticos, legislativos e administrativos.

Por sua vez, a favor do controle concentrado estariam a certeza do Direito, especialmente sendo as decisões dotadas de eficácia geral; a especialidade da função da Corte Constitucional, que possibilita maior aprofundamento das questões de interpretação constitucional; uma visão mais ampla da Corte sobre as implicações globais de suas decisões; e a valorização da autoridade da Corte Constitucional perante os demais órgãos de Estado.

E, por fim, contra a concentração pode-se mencionar o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador; sua vulnerabilidade às pressões de outros órgãos estatais; a rigidez do sistema; a cristalização da jurisprudência; além da desproporcionalidade dos métodos de controle frente às necessidades de decisões jurídicas simples, por muitas vezes³⁰⁶.

Mencionado autor português afirma que, apesar de existirem tais vantagens e desvantagens nos diferentes modelos de controle, cada um deles se adéqua melhor a determinados sistemas jurídico-políticos. Vale transcrever algumas das conclusões a que chega Jorge Miranda:

II – A lição do Direito comparado parece indicar que:

1º) A fiscalização jurisdicional difusa só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos (com forte autoridade social dos juizes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica e mecanismos de harmonização de julgados), ao passo que o tribunal constitucional se mostra mais idóneo para levar a cabo a fiscalização nos sistemas continentais;

[...]

4º) Todavia, só a fiscalização por tribunal constitucional ou por órgão homólogo permite o exercício de funções jurídico-políticas cada vez mais necessárias na nossa época, como assegurar o equilíbrio dos órgãos de poder ou o equilíbrio entre poder central e poderes periféricos, racionalizar os procedimentos legislativos e contribuir para o desenvolvimento constitucional.³⁰⁷

³⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 128-129, tomo VI.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 129-130.

Karl Loewenstein, por sua vez, entende que um juízo de valor sobre as variantes do controle judicial depende mais do ponto de vista do observador do que de critérios objetivos. Pode-se entender que é mais conveniente concentrar uma função de tal relevância em um tribunal especial, composto por juízes mais competentes e experientes, do que dispersá-la entre todos os órgãos judiciais. Este monopólio de um único tribunal também parece mais prático do ponto de vista da segurança jurídica, já que não é necessário aguardar diversos anos até que as sentenças dos tribunais inferiores sejam unificadas pelo tribunal supremo. Ou então, pode-se entender que a difusão do direito de impugnar a constitucionalidade das leis tem suas vantagens, frente à regulação que limita o direito de iniciar este processo aos órgãos estatais ou mesmo às autoridades judiciais³⁰⁸.

Expostos alguns dos clássicos argumentos contrários e favoráveis a cada um destes critérios de controle, passaremos a abordar as ideias defendidas pela doutrina pátria acerca da melhor solução para o futuro de nosso sistema de controle, com relação ao órgão competente para tal mister. Assim, ressalta-se que, dentre as muitas propostas direcionadas ao aprimoramento da fiscalização de constitucionalidade brasileira, somente serão trazidas aquelas que tenham em seu cerne o embate entre o critério difuso e o critério concentrado, e que apresentem recomendações para viabilizar as soluções propostas, quer estas soluções sejam no sentido da adoção do controle concentrado, ou da manutenção do sistema difuso.

4.2 Propostas para a evolução do sistema

José Levi Mello do Amaral Júnior defende que a vocação do direito brasileiro para o controle concentrado e abstrato de normas, considerando a ausência do mecanismo do *stare decisis*, não deve implicar o descarte do controle difuso e concreto, que deve ser preservado justamente porque aumenta a teia de proteção contra atos inconstitucionais, sendo bastante útil na defesa concreta dos direitos fundamentais.

O autor propõe que a melhoria do sistema brasileiro se dê com a transformação do Supremo Tribunal Federal em um verdadeiro Tribunal Constitucional, que se dedique apenas às decisões fundamentais ao Estado e à cidadania. Para tal, conviria ao STF adotar a sistemática de outros Tribunais Constitucionais do direito comparado: mandatos fixos e não renováveis, com renovação da Corte em partes iguais em períodos determinados, para

³⁰⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 321.

evitar que um Governo indique a maioria de seus membros, bem como a necessidade de uma ampla maioria parlamentar para a aprovação do membro indicado, de forma a induzir um consenso suprapartidário a respeito do juiz constitucional. Tudo isso a possibilitar o desenvolvimento do papel contramajoritário esperado de um Tribunal Constitucional.

Demais disso, José Levi entende que poderia ser útil a adoção de um incidente de inconstitucionalidade, para que qualquer juiz ou tribunal pudesse provocar o Supremo quando surgisse em qualquer processo e instância uma questão de constitucionalidade, de forma que o Tribunal Superior, desde logo, resolvesse a matéria com eficácia *erga omnes*, conferindo coerência a nosso sistema de controle³⁰⁹.

Luiz Guilherme Marinoni também comunga da preferência pelo sistema difuso. A princípio, entende que não existe racionalidade em conferir a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade das leis em um sistema que ignora os precedentes obrigatórios, em vista dos conflitos que daí resultam entre os órgãos judiciários e da grave insegurança jurídica gerada pela falta de previsibilidade das decisões judiciais. Assim, nos países que não adotam o respeito aos precedentes, o controle de constitucionalidade deveria se estruturar sob o sistema do controle concentrado, com decisão única dotada de eficácia *erga omnes*.

No entanto, ressalva Marinoni, “preferindo-se apostar no controle difuso - diante da sua superioridade diante do controle concentrado, particularmente em relação ao Brasil”, a adoção de um sistema de precedentes constitucionais de observância obrigatória seria imprescindível.

O autor defende, então, que qualquer decisão tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle difuso, vincule o próprio Tribunal e todos os demais tribunais e juízes. Afinal, é atribuição constitucional do Supremo dar a interpretação definitiva acerca da constitucionalidade de determinadas normas, de forma que resultaria absurda a possibilidade de um juiz ordinário decidir de maneira diversa. Nesse sentido, o autor defende o caráter objetivo dos julgamentos de recursos extraordinários, entendendo ainda que a atribuição do Senado Federal, prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição, pareceria ilógica e desnecessária para a finalidade de conferir efeito vinculante a tal decisão.

³⁰⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 920, p. 133-149, 2012.

Por fim, Marinoni ressalta que as súmulas vinculantes também não são necessárias para se conferir efeito vinculante às decisões do Supremo. Para ele, a *ratio decidendi* das decisões do Supremo é naturalmente vinculante; mas para os casos em que ela não puder ser tão facilmente extraída, a súmula revela-se instrumento útil³¹⁰.

Dentre os que valorizam o controle difuso encontra-se também Alexandre de Moraes. Ressalta que tal modalidade de controle deve ser preservada e incentivada, na medida em que se constitui como tradicional mecanismo de defesa dos direitos fundamentais e de efetividade da Constituição.

Para atribuir maior efetividade ao sistema, sugere que as decisões do STF que declarem inconstitucionalidade tenham eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, devendo ser meramente publicadas no Diário Oficial para tal fim, em substituição à técnica prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Adicionalmente, para o bom funcionamento do sistema, afirma o autor que o STF deveria poder escolher os casos que irá levar a julgamento, a depender da importância da matéria e da produção de efeitos gerais e obrigatórios em cada caso³¹¹.

Clèmerson Merlin Clève também defende que a convivência entre o controle difuso incidental e o controle concentrado principal deve ser mantida. Para tal, afirma que a competência do Senado Federal representa um anacronismo, que deve ser repensado e eliminado. Sugere o autor a adoção do mecanismo próprio do direito português, que atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do órgão superior encarregado da fiscalização constitucional, uma vez atingido um certo número de pronunciamentos idênticos³¹².

Somando-se à parcela dos estudiosos que preferem o controle difuso de constitucionalidade, André Ramos Tavares ressalta que “a possibilidade de haver controle concreto-difuso da constitucionalidade, exercitável por qualquer magistrado, em qualquer instância jurisdicional, só contribui para a excelência do modelo brasileiro.”

O autor acredita que os modelos de controle devem ser classificados substancialmente conforme admitam ou não a participação dos particulares na iniciativa do

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75-83.

³¹¹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 301-303.

³¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124-125 e 410.

mecanismo de controle. Afinal, os sistemas que não a admitem, tutelam tão somente a legalidade objetiva do ordenamento constitucional, enquanto os sistemas que a admitem restam humanizados, eis que o direito deve atuar a serviço do indivíduo, e não de problemas abstratamente colocados.

André Ramos Tavares afirma ainda que as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário submetem-se ao limite de eficácia próprio da natureza do modelo difuso, realizado no caso concreto, que é o de ser circunscrito somente às partes envolvidas diretamente no processo. O autor valoriza, para a extensão dos efeitos *erga omnes* às decisões do STF oriundas de controle concreto, a manifestação do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. Para Tavares, “presentes todos os requisitos que ao Senado cumpre verificar, não poderá este recusar-se a suspender a lei”, podendo-se mencionar como tais requisitos, por exemplo, a definitividade da decisão do STF, o real conteúdo da decisão, a obediência ao quorum para julgamento, dentre outros³¹³.

Vê-se, portanto, que relevante parcela da doutrina brasileira defende a manutenção do sistema difuso em nosso país, por variadas razões, além de apresentar sugestões diversas para a melhoria de nosso modelo, tendo em mira a conservação do modelo difuso.

Existe ainda uma corrente doutrinária que entende pela progressiva convergência entre os elementos dos tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade, o europeu continental e o estadunidense. Francisco Fernández Segado acredita que, atualmente, a utilidade analítica da bipolaridade entre modelo difuso e concentrado perdeu grande parte de seu sentido.

Isso porque, em primeiro lugar, o binômio relativo ao órgão legitimado para realizar o controle vem sendo relativizado em diversos países, como Alemanha, Itália, Espanha e Áustria, por meio da adoção do incidente de inconstitucionalidade. Assim, apenas o Tribunal Constitucional pode decidir acerca da inconstitucionalidade, mas todos os juízes e tribunais se tornaram parte do processo de controle, na medida em que podem elevar à apreciação da Corte Constitucional as normas suspeitas de vulnerar a Constituição no caso sob seu julgamento. Nessas hipóteses, o caráter em geral abstrato do controle europeu passou a ser influenciado por circunstâncias do caso concreto; por outro lado, o sistema americano vem adotando técnicas que se assemelham ao controle abstrato, quando

³¹³ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, vol. 819/2004, p. 45–64, jan / 2004.

admite que o Poder Executivo intervenha em qualquer ação em que uma lei federal tenha sido declarada inconstitucional, para argumentar perante a Suprema Corte americana acerca da questão da validade da norma³¹⁴.

Segado também entende que a obrigação de seguir os precedentes estabelecidos pelos tribunais hierarquicamente superiores, no ordenamento americano, é outro fator que aproxima os dois modelos de controle, pois termina por atribuir verdadeira eficácia *erga omnes* às decisões de controle, de modo similar aos efeitos tradicionalmente adotados no modelo europeu. Demais disso, a Suprema Corte americana vem se configurando cada vez mais como órgão predominantemente de justiça constitucional, limitando o exercício do controle às questões de maior relevância³¹⁵.

Por fim, também quanto aos efeitos temporais das decisões de controle o autor vislumbra convergência entre os modelos. Os efeitos *ex nunc*, tradicionais do sistema austríaco, cederam espaço a efeitos *ex tunc* em determinadas situações na Alemanha, na Itália, na Espanha e na própria Áustria³¹⁶.

Diversas das posições da doutrina brasileira já mencionadas neste capítulo, que vão no sentido da preservação do sistema difuso, apresentam sugestões que parecem aproximar as características do sistema difuso àquelas do sistema concentrado, assim como entende Francisco Fernández Segado.

Além dos autores já referidos acima, na doutrina pátria também podem ser encontrados variados entendimentos que não colocam de maneira expressa a defesa do sistema difuso, mas entendem pela aproximação entre os sistemas difuso e concentrado, pugnano por uma equiparação de efeitos das decisões proferidas nestas sedes.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso salienta que, mesmo no controle incidental de constitucionalidade, não há como se negar o efeito expansivo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, existe um interesse social maior em saber-se se determinado ato normativo é conforme a Constituição ou não. Um ato pode bem ser constitucional e, portanto, continuar produzindo efeitos para todos, ou pode ser inconstitucional, também para todos. Daí decorreria uma sensível aproximação entre o

³¹⁴ SEGADO, Francisco Fernández. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coords). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 369, 380-382.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 385 e 388.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 386-387.

regime difuso e o do controle concentrado; afinal, o pronunciamento do STF não poderia produzir efeitos apenas *inter partes*, seja em decorrência da qualificação do órgão julgador como o guardião da Constituição, seja em decorrência da garantia constitucional de isonomia de todos perante a lei (artigo 5º, *caput*).

Para o autor, é na esteira da objetivação do recurso extraordinário que a intervenção do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição, não mais remanesce como exigência essencial, servindo apenas para dar publicidade à retirada de vigência da norma, e pavimentando assim o caminho para o nivelamento de efeitos entre os regimes difuso e concentrado³¹⁷.

Luís Roberto Barroso também concorda que a competência do Senado Federal tornou-se um anacronismo, configurando até mesmo violação ao princípio da economia processual obrigar-se a propositura de uma ação direta e abstrata para obter-se a mesma decisão a respeito da validade da norma, já proferida de forma incidental e concreta³¹⁸.

Rubens Beçak igualmente entende por uma inexorável tendência de aproximação de nosso sistema difuso com o sistema concentrado. Para o autor, tanto o mecanismo da repercussão geral quanto o da súmula vinculante podem ser percebidos como reflexos desta aproximação, passando o STF progressivamente a conceber o recurso extraordinário como passível de receber efeitos abstratos de verificação das normas³¹⁹.

Segundo Rubens Beçak, a tendência pela adoção de mecanismos do controle concentrado teve em vista a ideia de que o tradicional controle difuso deve ser limitado, especialmente se considerarmos a imensa quantidade de recursos extraordinários levados ao Supremo Tribunal Federal, versando sobre matérias já decididas em outros processos, com jurisprudência já existente e solidificada, ou até mesmo tratando de matérias sem grande relevância³²⁰.

É possível colher entendimento jurisprudencial já de 1997, no qual o Supremo Tribunal Federal também entendeu que mesmo a declaração incidental de inconstitucionalidade deveria ter efeitos mais amplos. Confira-se a ementa abaixo:

³¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 481-488.

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 168-169.

³¹⁹ BEÇAK, Rubens. Controle Difuso (Aspectos Gerais). In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1595-1596.

³²⁰ *Ibidem*, p. 1591.

EMENTA: Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (Const., art. 97): inaplicabilidade, em outros tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentemente, a inconstitucionalidade da norma questionada: precedentes.

1. A reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica.

2. A *decisão plenária do Supremo Tribunal, declaratória de inconstitucionalidade* de norma, posto *que incidente*, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos erga omnes, *elide a presunção de sua constitucionalidade*: a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.

(STF, 1ª Turma, RE 191.898/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22/08/1997) (grifos nossos)

Zeno Veloso entende que o Supremo Tribunal Federal homenageia os princípios da economia processual e da segurança jurídica quando afirma que sua declaração de inconstitucionalidade, mesmo que incidente, elide a presunção de constitucionalidade da norma, e a partir daí, podem até mesmo os órgãos parciais dos demais tribunais se utilizar destes fundamentos para declarar uma norma inconstitucional, sem ter de submeter a questão ao plenário³²¹.

Mais recentemente, em 2014, no julgamento da Reclamação 4335, o Supremo Tribunal Federal adotou a seguinte ementa:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. *Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão.* 6. Reclamação julgada procedente.

(STF, Tribunal Pleno, Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 22/10/2014) (grifos nossos)

Por ocasião deste julgamento, o relator, Ministro Gilmar Mendes, asseverou que hoje se pode entender que mesmo as declarações incidentais de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal produzem efeitos *erga omnes*, tendo o Senado Federal competência tão somente para conferir publicidade às decisões do Tribunal, em virtude da

³²¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte; Del Rey Editora, 2003, p. 47-48.

mutação constitucional sofrida pelo artigo 52, inciso X, da Constituição federal. Confira-se trecho da explanação do Ministro relator:

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).

[...]

E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da "suspensão da execução da lei pelo Senado Federal" significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

(STF, Tribunal Pleno, Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 22/10/2014)
(grifos nossos)

Em seu voto, Gilmar Mendes prossegue afirmando que a eficácia ampliada destas decisões está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, considerando principalmente que a Lei Maior de 1988 conferiu função preeminente ao Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição, a partir do controle exercido por meio das ações diretas.

Para o relator, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, tanto com relação às suas finalidades, quanto com relação aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais legitimaria uma distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Por isso mesmo o STF teria passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle

incidental, independentemente da intervenção do Senado, gerando uma nova compreensão do texto constitucional:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

[...]

É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia erga omnes passaram a se generalizar.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso - notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental.

[...]

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...].

[...]

Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

(STF, Tribunal Pleno, Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 22/10/2014)
(grifos nossos)

Ou seja, ao julgar a RCl 4335, o Ministro Relator entendeu que, uma vez que havia decisão anterior do STF (no HC 82.959), decidindo pela inconstitucionalidade de uma certa norma, ainda que a decisão fora proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade, essa decisão tem eficácia *erga omnes*, e deve ser observada.

Tal posicionamento, adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, não é unânime, mas consiste em uma das propostas que se apresentam atualmente para lidar com os problemas de nosso sistema difuso de controle. Neste julgamento, o Ministro Eros Grau acompanhou o entendimento do relator, mas divergiram, por exemplo, os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que sugeriram a edição de súmula vinculante caso se deseje conferir efeitos gerais à decisão, preservando a competência constitucional do Senado.

Posicionamento correlato do Ministro Gilmar Mendes é sustentado em sede doutrinária, quando expõe seu entendimento acerca do efeito vinculante consagrado pela Emenda Constitucional n. 3/1993. Para este autor, o efeito vinculante se estende também aos fundamentos determinantes da decisão, e não apenas ao seu dispositivo. Afinal, a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria inútil esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Supremo Tribunal Federal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

O autor ressalta que o efeito vinculante da decisão está ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um Estado democrático, e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo STF.

Portanto, propõe o autor que os princípios extraídos tanto da parte dispositiva quanto dos fundamentos determinantes da decisão vinculem todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros (com exceção do próprio STF), conferindo eficácia adicional à decisão do STF, e outorgando-lhe uma amplitude que transcende o caso específico. A partir daí, os órgãos estatais jungidos a tal efeito vinculante devem observar a norma abstrata que se pode extrair da decisão, e não apenas a sua parte dispositiva³²².

Tais argumentos são desenvolvidos por Gilmar Mendes em lição doutrinária que trata da transcendência dos motivos determinantes e, portanto, do caráter transcendente do efeito vinculante das decisões proferidas em sede de ações do controle direto e abstrato.

³²² MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em 19/11/2016 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 482-486.

No entanto, tal entendimento, conjugado com a visão de Gilmar Mendes acerca dos efeitos idênticos que devem ser conferidos às decisões proferidas no controle direto ou no controle incidental, resultam na tendência denominada pela doutrina de objetivação do controle subjetivo, por meio de técnicas que conferem caráter abstrato aos julgamentos de recursos extraordinários.

Luiz Guilherme Marinoni e Rodolfo de Camargo Mancuso são adeptos deste entendimento, conforme já exposto acima, defendendo o caráter objetivo dos julgamentos de recursos extraordinários.

Teresa Arruda Alvim Wambier também compartilha da visão de que o efeito vinculante que vem sendo conferido pelo STF às decisões incidentais de inconstitucionalidade demonstra a necessidade de respeito aos precedentes superiores, sendo desnecessária a notificação do Poder Legislativo para que tal decisão obtenha resultado equivalente à eficácia *erga omnes*³²³.

Zeno Veloso atribui ao Senado Federal, neste ponto, uma atribuição significativa, mas meramente formal, tratando-se de atividade vinculada que deve tão somente examinar a presença dos pressupostos formais para a suspensão da norma. Para o autor, é insustentável conceber que uma consideração exclusivamente política da Casa Legislativa poderia se sobrepor à verificação jurídica da constitucionalidade. Por isso, propõe até mesmo a abolição da norma do artigo 52, inciso X, da Constituição, admitindo que as decisões do STF proferidas em sede de fiscalização de constitucionalidade, por qualquer de suas vias, apresentem eficácia contra todos e efeito vinculante³²⁴.

No entanto, também quanto à aproximação das características do sistema difuso e do sistema concentrado, divergem os entendimentos.

Lenio Luiz Streck posiciona-se pela defesa do sistema difuso, que para ele representa importante mecanismo de filtragem constitucional e de acesso à jurisdição constitucional. O autor ressalta que as críticas feitas ao controle difuso referem-se à sua existência desacompanhada de qualquer mecanismo de extensão dos efeitos das decisões.

Mas, diferentemente de outras propostas já mencionadas, o autor entende como equivocada a tendência de o Supremo Tribunal Federal buscar a equiparação entre o controle concentrado e o controle difuso. Lenio Streck acredita que a Constituição Federal

³²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p.170-171, jun. 2009.

³²⁴ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte; Del Rey Editora, 2003, p. 57-58.

elabora precisa diferenciação entre o controle concentrado e o controle difuso, de forma que não se pode admitir que o artigo 52, inciso X, da Constituição, tenha sofrido mutação constitucional.

Para este autor, o papel do Senado no controle difuso relaciona-se aos efeitos da decisão. No controle concentrado, ocorre a retirada da validade da lei pelo STF, e a declaração da nulidade da norma opera como se a lei nunca tivesse existido; por isso os efeitos são *erga omnes* e *ex tunc*. Já no controle difuso, os efeitos da decisão operam *inter partes* e *ex tunc*; mas a suspensão da execução da lei pelo Senado agrega aos efeitos anteriores a eficácia *erga omnes* e *ex nunc*, pois que suspender a vigência ou a execução da lei operaria como uma revogação da norma, de modo que seus efeitos anteriores permanecem.

Assim, o autor propõe que, para a coerência do sistema difuso, quando o STF desejar conferir a eficácia contra todos à decisão, deve editar uma súmula, ou remeter sua decisão ao Senado. Por fim, sustenta Lenio Streck que o Senado Federal tem a discricionariedade de decidir se suspenderá ou não a norma, e em que momento; isso porque, a atuação do Senado no controle difuso faz cumprir a exigência da participação da sociedade, por meio do Poder Legislativo, no processo de decisão acerca da inconstitucionalidade da norma produzida pela vontade geral³²⁵.

Georges Abboud também se posiciona contrariamente à objetivação do controle difuso de constitucionalidade. O autor entende que a Constituição atribui aos Tribunais Superiores as funções tanto de cassação quanto de revisão; e que a objetivação de suas funções lhes retiraria o julgamento de casos concretos que viabilizam a proteção dos direitos fundamentais do particular. Por isso mesmo o controle difuso deveria ser preservado, não podendo sofrer restrições legislativas ou do próprio Poder Judiciário, eis que, na visão do autor, tal modalidade de fiscalização de constitucionalidade concretiza o principal escopo do Poder Público, que seria a proteção dos direitos fundamentais.

Abboud assevera que o recrudescimento do efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores, por si só, não tem como consequência automática a diminuição do número de processos ou a melhora da prestação jurisdicional, sob um aspecto qualitativo. Afinal, mesmo os provimentos judiciais com efeito vinculante são textos, que dependem de interpretação. O autor ressalta que a insegurança jurídica, em nosso país, deriva da

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 527, 529 e 550-559.

discricionariedade judicial, e não da ausência de decisões com efeito vinculante; afinal, o Supremo Tribunal Federal já contaria com uma gama de provimentos vinculantes sem paralelo em outras Cortes Superiores.

O autor sugere que a melhora da atividade jurisdicional no Brasil, em especial a jurisdição constitucional, deve ser equacionada por meio da manutenção da integridade do ordenamento jurídico, de tal forma que o Poder Judiciário respeite os preceitos constitucionais, legais, a doutrina e os precedentes (ainda que o ordenamento não lhes atribua efeitos vinculantes), evitando proferir decisões discricionárias que entende serem as melhores para o caso concreto. Assim, as decisões que destoam dos precedentes (ressalta-se, mesmo que não vinculantes) deveriam contar com fundamentação adicional, para justificar o rompimento da mencionada integridade.

O autor conclui no sentido de que se não conseguimos submeter o Poder Judiciário à legislação vigente, o efeito vinculante das decisões superiores dificilmente reduzirá a discricionariedade judicial. Portanto, deveriam os magistrados respeitar a legislação vigente, só podendo dela se desvincular para realizar o controle difuso de constitucionalidade³²⁶.

Ante ao exposto, verificamos que na doutrina pátria coexistem posicionamentos diversos, que entendem tanto pelos benefícios quanto pelos malefícios de uma equiparação de efeitos dos tradicionais modelos difuso e concentrado de controle.

Outra parcela da doutrina, por sua vez, defende os atributos do modelo concentrado.

Elival da Silva Ramos associa a opção da Constituição de 1988 pela democracia social, tendo a lei como instrumento de governo, com o desenvolvimento do controle abstrato de normas em nosso sistema de matriz estadunidense. Isso porque, afirma o autor, o sistema norte-americano, difuso, incidental e concreto, tende a controlar a inconstitucionalidade das leis que ferem pretensões subjetivas individuais, para a proteção de direitos individuais, deixando imunes à verificação de constitucionalidade as normas que não alicerçam pretensões subjetivas. Já o sistema de controle de matriz europeia se mostraria mais adequado à social-democracia, na medida em que permite o controle da constitucionalidade em maior âmbito, abarcando inclusive a omissão inconstitucional da

³²⁶ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 548-556 e 677-701.

legislação que deve ser utilizada para a promoção da igualdade e dos direitos socioeconômicos.

Para o autor, o mecanismo de sanção da nulidade vinculado ao sistema estadunidense também se revela inadequado à democracia social; apenas a sanção da anulabilidade, característica do sistema europeu, permite o manejo das técnicas da inconstitucionalização progressiva, da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e da omissão parcial relativa do legislador – todas técnicas de calibragem da eficácia temporal das decisões de controle, que permitem resguardar determinadas relações jurídicas, em consonância com a exigência de proteção dos direitos garantidos pelo Estado social.

Elival da Silva Ramos aponta que a combinação entre Constituições social-democráticas e o controle de matriz americana é possível, mas revela-se inadequado, enquanto que o modelo europeu ajusta-se tanto às Constituições liberais quanto às social-democráticas, sendo mais adaptado às últimas, pela sofisticação de seus instrumentos de controle, afins à proteção da legislação que promove a igualdade³²⁷.

Para mencionado autor, a tentativa de solucionar o problema do controle difuso, atribuindo eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF nesta sede, não resolveria plenamente a questão, eis que a extensão de tais efeitos continuaria dependendo da admissibilidade e conhecimento dos recursos extraordinários³²⁸. Demais disso, a manutenção do Supremo Tribunal Federal como instância revisora das decisões proferidas nas instâncias ordinárias continuará impedindo o Tribunal de cumprir com eficiência sua missão precípua de guardião da Constituição (artigo 102, *caput*, da CF)³²⁹.

Assim, para Elival da Silva Ramos, é preciso que nosso país dê o passo seguinte, abandonando a matriz estadunidense e alinhando-se completamente à fiscalização de padrão europeu. Em seu entendimento, a concentração da competência em um único tribunal seria imprescindível para possibilitar não só a uniformização da jurisprudência constitucional, por meio da eficácia geral das decisões, mas também a adoção da sanção de anulabilidade, pelos motivos já expostos.

Elival da Silva Ramos ainda discorda que a eliminação do controle difuso poderia cercear a defesa aos direitos subjetivos individuais; a combinação da fiscalização direta e

³²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341-352 e 360.

³²⁸ *Ibidem*, p. 367-368.

³²⁹ *Ibidem*, p. 371.

principal com a via incidental (na qual a questão constitucional possa ser suscitada em qualquer processo, mas remetida ao Tribunal Constitucional para decisão) garantiria a completa cobertura das violações à Constituição³³⁰. Assim, para a adoção do modelo concentrado no Brasil, Ramos valoriza a técnica do incidente de inconstitucionalidade, em paralelo com as ações diretas³³¹.

A favor do controle concentrado, o autor ressalta ainda a melhora qualitativa das decisões de fiscalização proferidas por órgão com especialização funcional; o menor número de decisões necessárias para pacificar determinada questão; o aumento na celeridade de tramitação tanto das ações de controle quanto dos processos comuns; e a possibilidade de submeter ao controle do STF questões que hoje são excluídas, por razões de política judiciária, na tentativa de evitar a sobrecarga da Corte³³².

Outra proposta, diversa ainda das anteriores, é apresentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O autor sugere que a eficácia do controle de constitucionalidade depende da rapidez com que o STF consiga decidir as questões que lhe são submetidas. A solução para isto estaria em restringir a competência do Supremo apenas à guarda da Constituição, ou a se criar uma Corte Constitucional especializada, o que forneceria ao sistema o elemento de legitimidade democrática do qual se ressentem o Poder Judiciário que, na visão do autor, é um Poder cujos membros são eleitos por um método não democrático³³³.

Ferreira Filho sugere que esta Corte especializada poderia desempenhar um controle preventivo, que traduz sistema mais simples e eficiente do que o nosso. De tal forma que antes da edição do ato normativo, a Corte Constitucional procederia à averiguação da conformidade da norma com a Lei Maior, por provocação dos legitimados. Assim, as regras que viessem a ser editadas seriam sempre constitucionais, ou assim deveriam ser consideradas, sem possibilidade de contestação – o que resultaria, na visão do autor, em maior certeza do direito e segurança jurídica, já que a validade da norma estaria imune a polêmicas. Por fim, alega Ferreira Filho que tal método também poderia resultar nos benefícios adicionais de diminuição da produção legislativa, e de aumento na sua qualidade técnica³³⁴.

³³⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 385-386.

³³¹ *Ibidem*, p. 402.

³³² *Ibidem*, p. 390-392.

³³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 258-259.

³³⁴ *Ibidem*, p. 259-260.

Em vista de todos os posicionamentos acima expostos, pode-se depreender o seguinte.

A constante evolução do sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade é um grande sintoma da necessidade por isonomia e por segurança jurídica, de forma que ao longo do tempo foram desenvolvidos diversos mecanismos com o intuito de gerar decisões uniformes e aliviar a carga de trabalho repetitivo do Poder Judiciário.

No entanto, apesar das muitas alterações pelas quais já passou nosso modelo de controle, é unânime perante a doutrina brasileira que, na configuração atual, tal modelo ainda apresenta graves deficiências. Tanto que podem ser extraídas da doutrina pátria as mais variadas propostas e sugestões em busca da uniformização decisória, vulnerada tanto pela difusão do poder de controle, sem mecanismos eficazes de uniformização decisória, quanto por uma equivocada ideia acerca do significado da independência funcional dos magistrados.

Parcela da doutrina brasileira entende que a melhor solução, quanto ao órgão competente para o controle, está em preservar o sistema difuso de fiscalização de constitucionalidade, que aumentaria a teia de proteção contra atos inconstitucionais, constituindo tradicional mecanismo de defesa concreta dos direitos fundamentais e de efetividade da Constituição. Para garantir a coerência do modelo difuso, são diversas as propostas.

Alguns doutrinadores defendem a necessidade de adoção de um sistema de precedentes constitucionais de observância obrigatória³³⁵. Similarmente, há autores que entendem que os princípios extraídos tanto da parte dispositiva quanto dos fundamentos determinantes da decisão devem vincular todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros, conferindo eficácia adicional à decisão do STF, e outorgando-lhe uma amplitude que transcende o caso específico. A partir daí, os órgãos estatais jungidos a tal efeito vinculante devem observar a norma abstrata que se pode extrair da decisão, e não apenas a sua parte dispositiva³³⁶.

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75-83.

³³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em 19/11/2016; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 482-486.

De forma complementar, encontra-se a tese de que qualquer decisão tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle difuso, vincule o próprio Tribunal e todos os demais tribunais e juízes. Afinal, é atribuição constitucional do Supremo dar a interpretação definitiva acerca da constitucionalidade de determinadas normas, parecendo absurda a possibilidade de um juiz ordinário decidir de maneira diversa³³⁷.

Com base neste entendimento, diversos autores defendem, por sua vez, uma equiparação de efeitos entre as decisões proferidas em sede de controle direto e abstrato ou incidental e concreto pelo STF. O efeito expansivo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em declarações incidentais de inconstitucionalidade decorreria da qualificação do órgão julgador como o guardião da Constituição, bem como da garantia constitucional de isonomia de todos perante a lei.

A doutrina vai ainda além, sugerindo que tal caráter objetivo dos julgamentos de recursos extraordinários resulta em que as decisões do STF que declaram inconstitucionalidade em sede concreta e incidental possuem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, tendo o Senado Federal competência tão somente para conferir publicidade às decisões do Tribunal, em virtude da mutação constitucional sofrida pelo artigo 52, inciso X, da Constituição federal³³⁸.

Outros autores adotam posição ainda mais contundente, entendendo que a atribuição do Senado Federal, prevista em referido dispositivo, atualmente parece ilógica e desnecessária para a finalidade de conferir efeito vinculante à decisão, constituindo até mesmo um anacronismo a ser extinto, de forma que tais decisões devem ser meramente publicadas no Diário Oficial para tal fim, em substituição à técnica prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal³³⁹.

No entanto, tal linha de pensamento não é pacífica, havendo doutrinadores brasileiros que rejeitam a equiparação de efeitos das decisões proferidas em sede concreta

³³⁷ Vide posição defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl 4335 (STF, Tribunal Pleno, Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 22/10/2014); além de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 481-488; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75-83.

³³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1116-1123.

³³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124-125 e 410; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 75-83.

ou abstrata, e que ainda valorizam a manifestação do Senado prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, para a extensão dos efeitos *erga omnes* às decisões do STF oriundas de controle concreto³⁴⁰.

Para alguns desses autores, a Constituição Federal elaborada precisa diferenciação entre o controle concentrado e o controle difuso, de forma que não se pode admitir que o artigo 52, inciso X, da Constituição, tenha sofrido mutação constitucional. Tal parcela da doutrina propõe que, para a coerência do sistema difuso, quando o STF desejar conferir a eficácia contra todos à decisão, deve editar uma súmula, ou remeter sua decisão ao Senado, cuja atuação faz cumprir a exigência da participação da sociedade, por meio do Poder Legislativo, no processo de decisão acerca da inconstitucionalidade da norma produzida pela vontade geral³⁴¹.

Alguns estudiosos, por sua vez, entendem que o STF deveria poder escolher os casos que irá levar a julgamento, a depender da importância da matéria e da produção de efeitos gerais e obrigatórios em cada caso³⁴². Para outros ainda, a solução pode residir na adoção do mecanismo próprio do direito português, que atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do órgão superior encarregado da fiscalização constitucional, uma vez atingido um certo número de pronunciamentos idênticos³⁴³.

De forma bastante diversa, há doutrinadores que concluem pela necessidade de que o Brasil abandone a matriz estadunidense, alinhando-se completamente à fiscalização de padrão europeu, já que a concentração da competência em um único tribunal seria imprescindível para possibilitar não só a uniformização da jurisprudência constitucional, por meio da eficácia geral das decisões, mas também a adoção da sanção de anulabilidade, mais consentânea com a necessidade de resguardar determinadas relações jurídicas constituídas no seio da proteção dos direitos garantidos pelo Estado social³⁴⁴.

³⁴⁰ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, vol. 819/2004, p. 45–64, jan / 2004.

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 527, 529 e 550-559.

³⁴² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 301-303.

³⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124-125 e 410.

³⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341-352 e 360.

Para o sucesso de tal modelo, a combinação da fiscalização direta e principal com o incidente de inconstitucionalidade garantiria a completa cobertura das violações à Constituição³⁴⁵.

Por fim, encontra-se ainda na doutrina brasileira a defesa do controle de constitucionalidade preventivo, realizado por uma Corte Constitucional, que atuaria apenas anteriormente à edição do ato normativo, garantindo que as regras que viessem a ser editadas seriam sempre constitucionais, resultando em maior certeza do direito e segurança jurídica³⁴⁶.

Como visto, a doutrina pátria se divide quanto às mais variadas propostas para sanar as imperfeições de nosso sistema difuso de controle de constitucionalidade. O que releva concluir, em primeiro lugar, é que nosso atual modelo de controle de constitucionalidade é claramente deficiente no oferecimento de isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. A fiscalização de constitucionalidade visa precipuamente a garantir as prescrições da Lei Maior, assegurando a coerência do ordenamento jurídico, tendo como parâmetro as normas constitucionais. No entanto, diversas normas constitucionais, como a igualdade de todos perante a lei, restam violadas justamente pela configuração do nosso modelo de controle da conformidade das normas à Constituição.

A doutrina brasileira propõe diversas soluções para tal questão, e não é possível predeterminar qual delas se adaptaria melhor à realidade de nosso país. No entanto, a conclusão evidente é que a uniformização das decisões é premente, e deve ser implementada, seja pela adoção de um modelo em que apenas um órgão, dotado das características de Tribunal Constitucional, possa decidir acerca da constitucionalidade das normas, em caráter vinculante e com efeitos gerais; seja pela utilização de mecanismos que atribuam eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas em sede de controle concreto e incidental – independentemente de se entender que isso depende da atuação do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou não.

O que resta patente é que, mesmo depois de grande transformação, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ainda não se pode considerar como completo, e por isso deve continuar sua evolução. Tal modelo atingiu um ponto crítico, em virtude da conjugação do aumento expressivo das demandas judiciais com a maior ainda ausência de

³⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 385-386.

³⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259-260.

uniformidade decisória. É preciso, portanto, tomar um dos caminhos propostos acima, para que possamos avançar o próximo passo rumo à tão almejada segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas das principais características da família jurídica romano-germânica, também denominada de *civil law*, podem ser brevemente sintetizadas a partir da ideia presente na origem da tradição romanística de que as regras deveriam ser elaboradas pelos teóricos, com base em considerações sobre justiça, moral e política, e que os juízes, aplicadores do direito, não tinham a distância necessária dos casos concretos para formular regras gerais e justas³⁴⁷.

No contexto das revoluções liberais europeias, o dogma então vigente da separação dos poderes implicava em que apenas o Poder Legislativo poderia elaborar as leis, e apenas o Poder Judiciário poderia aplicá-las, o que levou também à formulação de uma estrutura mais geral e abstrata para as normas, sistematizadas em códigos, com a pretensão de conter todo o substrato necessário para a resolução dos casos concretos por meio da atividade mais simples possível, retirando do juiz, em tese, o poder de criação do direito³⁴⁸.

Ademais, na busca da certeza jurídica, por meio da proibição de os juízes produzirem normas jurídicas, a função deste intérprete do direito era vista como a de aplicador quase automático da lei. Esses fatores levaram à consagração da lei, por longo tempo, como principal fonte formal do direito.

Consequência de tudo isto é que os juízes, ao menos em teoria, não deveriam recorrer a outras decisões judiciais, e nem se vinculavam a elas, para o julgamento de um novo caso, de tal forma que nem mesmo o entendimento de um tribunal superior sobre determinado assunto vinculava os órgãos judiciários inferiores³⁴⁹. Assim, nos países de *civil law* a força vinculante do precedente judicial foi rejeitada, para que aos juízes não fosse dado criar o direito. De forma que seus sistemas jurisdicionais não contam com o instituto do *stare decisis*.

Contudo, a previsibilidade almejada com a positivação das leis, e o desejo de obter-se um resultado mais fácil na aplicação da norma, já que bastaria ao aplicador conhecer a

³⁴⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 101-102.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 101-103.

³⁴⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 78.

regra escrita e utilizá-la, revelaram-se grandes ilusões. Isso porque, a menor especificidade das regras acabou por tornar necessária uma larga atividade interpretativa dos juízes e dos tribunais, conferindo-lhes maior liberdade em sua aplicação, e diminuindo a segurança jurídica que se almejou ao codificar as regras, para facilitar o seu conhecimento e difusão³⁵⁰.

Assim, a atividade jurisdicional no *civil law* pode gerar inúmeras interpretações divergentes e até contraditórias sobre o mesmo texto legal, levando a julgamentos diferentes para as mesmas questões fáticas.

Por sua vez, o sistema difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade caracteriza-se tradicionalmente pelo poder conferido a todos os órgãos do Poder Judiciário para fiscalizar a constitucionalidade das normas, ostentando caráter incidental e concreto, de ampla legitimação ativa e com decisões que produzem efeitos apenas *inter partes*.

Portanto, a conjugação da tradição do *civil law*, na qual os juízes atuam interpretando a lei, cada um a seu modo, com fracos mecanismos para se garantir a uniformidade das decisões judiciais, com tal sistema de controle difuso, incidental e concreto, que determina efeitos somente *inter partes*, gera milhares de decisões totalmente diferentes no âmbito do Poder Judiciário, o que em nada contribui para a pacificação social e para a segurança jurídica no Estado de Direito.

Tal conjugação de fatores ocorreu no Brasil. O primeiro objetivo deste estudo foi relacionar as características fundantes da tradição jurídica romano-germânica com as particularidades do sistema difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade. A partir daí, pôde-se chegar à conclusão de que, independentemente da abrangência de nosso sistema de garantias no que toca à jurisdição constitucional, a principal implicação negativa da mencionada combinação de elementos reside na falta de uniformidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade em nosso país.

Tal ausência de uniformidade nas decisões de fiscalização de constitucionalidade traz prejuízos desde o planejamento estatal até o planejamento na atividade econômica privada, que deixa de realizar investimentos em razão da grande incerteza atrelada à validade da legislação³⁵¹.

³⁵⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 106.

³⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364.

A divergência decisória se verifica de forma alarmante em nosso país, em prejuízo da previsibilidade, da certeza e da segurança jurídica para os jurisdicionados. Demais disso, a sobrecarga constatada no Poder Judiciário não cessa, eis que a mesma questão continua tendo que ser decidida muitas vezes, face à ausência de efeitos *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle concreto e incidental.

Foi possível concluir que a opção pelo sistema difuso trouxe muitos percalços a nossa ordem jurídica, de tal modo que ficou impedida a estagnação e a consolidação de nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continua a evoluir, buscando ferramentas para atenuar os atritos entre a tradição romanística e o sistema difuso.

Partindo-se dessa constatação, demonstramos que Áustria, Alemanha, Itália, Espanha e Tchecoslováquia, dentre diversos outros países que comungam da tradição jurídica do *civil law*, adotaram um modelo concentrado de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, atribuindo tal poder a um único órgão, em geral um Tribunal ou Corte Constitucional. A doutrina entende que diversos fatores levaram à preferência pelo sistema concentrado de controle de constitucionalidade nestes países, desde circunstâncias atreladas ao constitucionalismo europeu do século XIX até razões institucionais ligadas à forma de estruturação destes sistemas judiciais³⁵².

O exame das características principais dos modelos de jurisdição constitucional em todos os países europeus mencionados permitiu chegar-se à conclusão de que, apesar de não se tratar de uma vinculação necessária e obrigatória, é muito nítida a relação que se estabelece entre a presença da tradição do *civil law* em um país e a adoção do modelo concentrado de fiscalização de constitucionalidade.

Ressaltou-se, ao longo do estudo, que nos países adeptos do *common law*, os inconvenientes do sistema difuso aqui tratados foram evitados em razão da aplicação dos precedentes judiciais vinculantes. Desse modo, acaso surjam divergências quanto à constitucionalidade de uma lei, a discussão eventualmente chegará às cortes superiores, cuja decisão será vinculante para os demais órgãos judiciários, pacificando e unificando assim a questão. Ou seja, o *stare decisis* resolve os conflitos e divergências que o sistema difuso pode propiciar³⁵³.

³⁵² LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

³⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 80-82.

Assim, tomando-se por base a experiência dos países europeus referidos, foi necessário entender-se por que motivo o Brasil, também pertencente à tradição do *civil law*, trilhou caminho tão diverso, ao conjugar a tradição jurídica romanística com a adoção do modelo difuso de controle.

Como se viu no curso deste estudo, podemos mencionar dois relevantes fatores que levaram à opção pelo sistema difuso no Brasil. O primeiro deles pode ser entendido como o grande prestígio de que gozava o modelo estadunidense perante a doutrina pátria da época, em especial Rui Barbosa, influente redator da Constituição Brasileira de 1891³⁵⁴. Outro fator, conforme tratado por Lenio Streck, teria sido a opção da Assembleia Constituinte republicana que redigiu a Constituição de 1891 de entregar a garantia da instituição e da afirmação da República nas leis infraconstitucionais aos juízes e ao Supremo Tribunal Federal, transferindo tal poder do Congresso para o Poder Judiciário, de forma a evitar que um novo Congresso conservador reavivasse os princípios da monarquia por meio da legislação infraconstitucional³⁵⁵.

Foi dessa forma que se conjugou, aqui, a tradição do *civil law* com o sistema difuso, na contramão do que fizeram tanto os Estados Unidos da América, quanto diversos países da Europa continental, resultando em grande insegurança jurídica e falta de isonomia, derivadas da não uniformização das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade em nosso país.

Tal constatação levou à análise de que nosso sistema de controle já sofreu consistentes alterações em busca de maior uniformidade decisória, mas que, após todas as mudanças apontadas no capítulo 3, ainda permanece deficiente nesse quesito, o que levou à necessidade de se abordar as mais diversas propostas para que se continue a evolução do sistema, no que toca a qual deve ser o órgão competente para o controle de constitucionalidade, mitigando assim suas disfunções.

No direito comparado, buscamos extrair soluções úteis do sistema português de controle de constitucionalidade, que se aproxima do brasileiro em relevante medida, eis que o país é baseado na tradição jurídica romanística, e todos os tribunais portugueses são órgãos da justiça constitucional, assim como ocorre no Brasil. Apontamos dois elementos que, a nosso ver, merecem menção neste sistema.

³⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 496-499.

O primeiro deles é o denominado processo de generalização, mecanismo por meio do qual quando o Tribunal Constitucional julgar pela inconstitucionalidade de uma norma por três vezes, em três casos concretos diferentes (no exercício do controle concreto e difuso), ele poderá fixar a inconstitucionalidade da norma com força obrigatória geral, por meio de um processo de fiscalização abstrata que atribui à decisão a mesma eficácia e os mesmos efeitos das decisões proferidas nos casos de controle abstrato³⁵⁶.

O outro elemento interessante do sistema português é a obrigatoriedade de o Ministério Público recorrer ao Tribunal Constitucional em determinadas situações, em sede do controle difuso e concreto, por exemplo quando for aplicada pelo órgão de origem uma norma já declarada inconstitucional pelos órgãos máximos da Justiça Constitucional, de forma que o órgão ministerial atua como guardião da coerência e da unidade jurisprudencial da Justiça Constitucional³⁵⁷.

Em suma, da análise de um sistema em boa medida próximo do brasileiro, quer parecer que estes dois mecanismos, sem similar no direito pátrio, podem configurar ferramentas cuja implementação em nosso sistema contribuiria para a urgente uniformização das decisões e para o respeito às determinações superiores em matéria de fiscalização constitucional. Essas foram as possíveis contribuições extraídas do modelo português para o direito pátrio.

Por sua vez, os juristas pátrios também apresentam as mais variadas propostas e sugestões em busca da padronização decisória, confrontando os modelos difuso e concentrado de controle.

Parcela da doutrina brasileira entende que a melhor solução está em preservar o controle difuso de constitucionalidade, tradicional mecanismo de defesa concreta dos direitos fundamentais e de efetividade da Constituição.

Para garantir a coerência do modelo difuso, são diversas as propostas, apresentadas no capítulo 4, que envolvem por exemplo a equiparação de efeitos entre as decisões proferidas em sede de controle direto e abstrato ou por meio do controle incidental e concreto, conferindo-se eficácia *erga omnes* às decisões tomadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal mesmo em sede de controle concreto.

³⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1024-1025.

³⁵⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – O contencioso constitucional português – entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 643-644, tomo II.

Outras recomendações tratam da atribuição de efeitos vinculantes não só ao dispositivo, mas também aos fundamentos determinantes das decisões de controle do STF, outorgando-lhes uma amplitude que transcende o caso específico. O efeito expansivo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade decorreria da qualificação do órgão julgador como o guardião da Constituição, bem como da garantia constitucional de isonomia de todos perante a lei³⁵⁸.

Parte da doutrina sugere ainda que, em vista do caráter objetivo dos julgamentos de recursos extraordinários pelo STF, e da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes dessas decisões, o Senado Federal teria competência tão somente para conferir publicidade às deliberações do Tribunal, em virtude da mutação constitucional sofrida pelo artigo 52, inciso X, da Constituição federal³⁵⁹.

No entanto, tal linha de pensamento não é pacífica, havendo doutrinadores brasileiros que rejeitam a equiparação de efeitos das decisões proferidas em sede concreta e em sede abstrata, e que valorizam a manifestação do Senado prevista no mencionado artigo 52, inciso X, para a extensão dos efeitos *erga omnes* às decisões do STF oriundas de controle concreto. Assim, no capítulo 4 foram apresentadas também sugestões no sentido de que, quando o STF desejar conferir a eficácia contra todos à decisão, deve editar uma súmula ou remeter sua decisão ao Senado Federal³⁶⁰.

De forma bastante diversa, também foi apresentada a ideia de que o Brasil abandone a matriz estadunidense, alinhando-se completamente à fiscalização de padrão europeu, já que a concentração da competência em um único tribunal possibilitaria a uniformização da jurisprudência constitucional. Para o sucesso de tal modelo, a doutrina sugere que a combinação da fiscalização direta e principal com o incidente de inconstitucionalidade (no qual a questão constitucional possa ser suscitada em qualquer

³⁵⁸ Vide, por exemplo, a posição defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl 4335 (STF, Tribunal Pleno, Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 22/10/2014); além de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 481-488; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75-83; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 168-169.

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1116-1123.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 527, 529 e 550-559.

processo, mas remetida ao Tribunal Constitucional para decisão) garantiria a completa cobertura das violações à Constituição³⁶¹.

Por fim, encontra-se ainda na doutrina brasileira a defesa do controle de constitucionalidade preventivo, no qual uma Corte Constitucional atuaria apenas anteriormente à edição do ato normativo, garantindo que as regras que viessem a ser editadas seriam sempre constitucionais, resultando em maior certeza do direito e segurança jurídica³⁶².

Como visto, a doutrina pátria se divide quanto às mais variadas alternativas para sanar as imperfeições de nosso sistema difuso de controle de constitucionalidade.

É possível concluir que, mesmo depois de grande transformação, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ainda não se pode considerar como completo, e por isso deve continuar sua evolução. É preciso, portanto, tomar um dos caminhos propostos acima, para que possamos avançar o próximo passo rumo à tão almejada segurança jurídica. Afinal, diversas normas constitucionais, como a igualdade de todos perante a lei, restam violadas justamente pela configuração do nosso modelo de controle da conformidade das normas à Constituição.

Respondendo a questionamento sobre qual é a melhor tradição jurídica, entre o *common law* e o *civil law*, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo afirmam: “esta é uma questão tola”. Entendem os autores que o direito deita suas raízes na cultura e na história, e atende a demandas específicas de uma determinada sociedade, em dado tempo e lugar, considerando ainda os limites culturais desta sociedade. Assim, temos em vista um processo historicamente determinado, por meio do qual os problemas sociais pertinentes são apreendidos e solucionados.

“A substituição de uma tradição jurídica por outra não é possível nem desejável”, arrematam. Embora a tradição mude, ela segue um padrão; as forças que alteram as sociedades necessariamente afetam os sistemas jurídicos, mas de formas que são determinadas pelas experiências do passado³⁶³.

³⁶¹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341-352, 360 e 385-386.

³⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259-260.

³⁶³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 199 e 210.

Não existe um direito positivo intrinsecamente melhor que outro: existem apenas direitos historicamente mais ou menos adequados para regular certas relações de produção e de propriedade³⁶⁴.

Da mesma forma, com relação ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, não se pode ignorar que é fruto do desenvolvimento histórico de nosso país, e que foi influenciado, em cada momento, pelas necessidades de se oferecer respostas adequadas aos problemas da sociedade brasileira. Assim, a importação de modelos e de combinações bem sucedidas em outros Estados não significa necessariamente o seu sucesso no Brasil.

No entanto, os juristas pátrios, levando já em consideração as peculiaridades de nosso sistema, foram hábeis em propor uma vasta gama de alternativas para a questão que aqui se colocou.

Identificado o problema, bem como as diversas possíveis soluções, acreditamos que em um momento futuro não muito distante a necessidade social impelirá nosso sistema de controle de constitucionalidade a um dos caminhos propostos, em busca de salvaguardar os tão caros valores constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

³⁶⁴ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 18.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 920, p. 133-149, 2012.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil law. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v.8, n. 31, p. 147-72, out/dez. 2010.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BEÇAK, Rubens. Controle Difuso (Aspectos Gerais). In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O tribunal constitucional e sua intervenção no processo político. In: *Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos*, 17, 2008, Salvador, Anais, p. 2757-2772, disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rubens_becak.pdf>. Acesso em 28/10/2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985*. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. “Oráculos da Lei” ou “*Bouche de la Loi*”: considerações históricas sobre o papel dos juízes. In HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* (coords.). *Seminário Internacional “O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental”*. Lisboa: Almedina, 2007.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*, RePro 231, p. 349-363, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007.

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

CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

HAMILTON, Alexander. The Judiciary Department. *Federalist*, New York: McLEAN'S Edition, n. 78. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>>. Acesso em 31/10/2016.

HELMHOLZ, R. H. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. *Journal of Legal Analysis*, Volume 1, Number 1, p. 325-354, Winter 2009. Disponível em <<https://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em 29/10/2016.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

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

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARBURY V. MADISON, 5 U.S. 137 (1803), disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em 29/10/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em 05/12/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tomo VI.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – O contencioso constitucional português – entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama of brazilian civil law from its origins to the present. In DOLINGER, J.; ROSENN, K. S. (eds). *Panorama of Brazilian Law*. Florida: University of Miami North-South Center/Esplanada, 1992.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 9. ed. São Paulo: Método, 2010.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro - aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Luiz Moreira (coord./sup). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SEGADO, Francisco Fernández. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coords). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STARE DECISIS. Wex Legal Dictionary and Encyclopedia, Legal Information Institute, Cornell University Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis> . Acesso em 06/11/2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, vol. 819/2004, p. 45–64, jan / 2004.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte; Del Rey Editora, 2003.

VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p.170-171, jun. 2009.

_____. Interpretação da Lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 893, p. 33-45, mar. 2010.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Sítios eletrônicos:

https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis, acesso em 06/11/2016.

<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=9&page=transcript>, acesso em 29/10/2016.

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 15/11/2016.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm, acesso em 05/12/2016.

http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm, acesso em 29/10/2016.

www.stf.jus.br