

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em
Direito Constitucional**

SIDRAQUE DAVID MONTEIRO ANACLETO

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM ADI ESTADUAL.
NATUREZA HÍBRIDA: DIFUSO E/OU CONCENTRADO**

Brasília – DF

2012

IDP - BIBLIOTECA	
Tembo:	014159
Data:	
Aquisiçao:	14/08/12
Forma de Aquisiçao:	

SIDRAQUE DAVID MONTEIRO ANACLETO

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM ADI ESTADUAL.
NATUREZA HÍBRIDA: DIFUSO E/OU CONCENTRADO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo José Leite Farias.

Brasília – DF

2012

SIDRAQUE DAVID MONTEIRO ANACLETO

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM ADI ESTADUAL.
NATUREZA HÍBRIDA: DIFUSO E/OU CONCENTRADO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Paulo José Leite de Farias

Integrante: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Integrante: Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo

A Cris e as meninas, Débora, Júlia e
Natalia, pelo carinho e compreensão.

Aos colegas de Mestrado, pelos breves e
preciosos momentos passados juntos.

A minha irmã, Mirvânia, pelas revisões e pelos livros "emprestados".

A amiga e professora Janete Ricken Lopes de Barros, pelas ajudas inextimáveis e pelas revisões voluntárias.

Ao professor Paulo José Leite Farias pelos momentos de orientação, retirados ao já restrito tempo pessoal, dedicados à nobre tarefa do ensino, da pesquisa e da atuação profissional.

"Para escrever bem deve haver uma facilidade natural e uma dificuldade adquirida".

Pour bien écrire il faut une facilité naturelle et une difficulté acquise – Joubert (1754-1824), Cadernos.

RESUMO: A dissertação aborda o recurso extraordinário interposto de acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça Estaduais em ações diretas de inconstitucionalidade de ato normativo estadual, distrital ou municipal em face de norma da Constituição estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal que reproduz ou de referência de norma da Constituição Federal. Para tanto examina a origem dos modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, a competência do Supremo Tribunal Federal para exercer a função de Corte Constitucional. São trazidos para reflexão os problemas surgidos nessa competência recursal da Corte, além das crises nos paradigmas utilizados.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso extraordinário. Controle de constitucionalidade. Modelo difuso e/ou concentrado. Supremo Tribunal Federal. Paradigma.

ABSTRACT: The dissertation addresses the extraordinary appeal brought against judgments of the State Supreme Courts in direct actions of unconstitutionality of the legislative act state or county rule in the face of the State Constitution or the Organic Law of the Federal District to reproduce or reference-standard Federal Constitution. For both models examines the origin of the jurisdictional control of constitutionality diffuse and concentrated, the jurisdiction of the Supreme Court to exercise its Constitutional Court. Are brought into consideration the problems encountered in this Court's appellate jurisdiction, beyond the crises in the paradigms used.

KEYWORDS: Extraordinary appeal. Judicial review. Diffuse constitionality or concentrate. Supreme Court. Paradigm.

LISTA DE ABREVIATURA

Art. – artigo

CE – Constituição Estadual

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

HC – *habeas corpus*

LODF – Lei Orgânica do Distrito Federal

MS – Mandado de segurança

Rcl – Reclamação

RE – Recurso extraordinário

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

Introdução	11
1 O Controle de constitucionalidade brasileiro e a crise do paradigma	16
1.1 <i>O saber científico e a superação do modelo</i>	17
1.2 <i>Processo e recurso</i>	22
1.3 <i>Conceitos e temas preliminares: o Estado, o Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito e a Democracia Representativa</i>	24
1.3.1 <i>O Estado de Direito</i>	27
1.3.2 <i>O Estado Democrático de Direito e a Democracia Representativa</i>	29
1.4 <i>A Separação de Poderes: Poder Executivo, Legislativo, Judiciário e os novos atores (Tribunal Superior Eleitoral, Ministério Público e Tribunal de Contas da União)</i>	35
1.5 <i>Federalismo, Estado Federal e a Federação brasileira</i>	39
2 O Constitucionalismo e o Controle de Constitucionalidade	44
2.1 <i>O Constitucionalismo Discursivo</i>	49
2.2 <i>Breve histórico do controle difuso de constitucionalidade</i>	51
2.3 <i>O modelo judicial brasileiro de controle de constitucionalidade, sua origem e sua consolidação na Constituição de 1988</i>	54
2.4 <i>O atual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade</i>	57
2.5 <i>A legislação estadual e municipal e seu controle de constitucionalidade</i>	59
3 O controle direto de constitucionalidade brasileiro	66
3.1 <i>O Controle direto de constitucionalidade do direito federal, estadual, distrital e municipal</i>	71
3.2 <i>A evolução do Estado e a repartição geográfica do poder</i>	72
3.3 <i>O poder constituinte constituído</i>	77
3.4 <i>O conceito jurídico do poder constituinte constituído e os limites de sua atuação</i>	78
3.5 <i>O poder constituinte decorrente, sua limitação e as normas constitucionais reproduzidas nas constituições estaduais e o direito estadual</i>	81
3.6 <i>A competência originária dos Tribunais de Justiça para apreciar a constitucionalidade do direito estadual e municipal face à Constituição Estadual</i>	86
3.7 <i>Efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça em controle direto e o artigo 27 da Lei n. 9.868, de 1999</i>	90

4	O Recurso Extraordinário e sua origem	97
4.1	<i>Objeto e finalidade do Recurso Extraordinário</i>	99
4.2	<i>Objetivos e requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário</i>	101
4.3	<i>O julgamento do Recurso Extraordinário e os efeitos da decisão</i>	107
4.3.1	Os poderes do relator no Recurso Extraordinário	109
4.3.2	O julgamento do Recurso Extraordinário em ADI por Turma	111
4.4	<i>Os efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário e a objetivação</i>	111
4.4	<i>O RE em ADI julgada pelos Tribunais de Justiça</i>	116
5	O Supremo Tribunal Federal: origem, competência originária e recursal	118
5.1	<i>O Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário Nacional e as crises numéricas</i>	125
5.2	<i>O STF como Corte Constitucional</i>	131
5.3	<i>O STF e o controle de constitucionalidade</i>	133
5.4	<i>Decisões relevantes</i>	135
5.4.1	O controle abstrato estadual ou distrital com normas da Constituição Federal reproduzidas ou que expressamente remetem às normas constitucionais – Reclamações nºs 383 e 4432	135
5.4.2	A relativização do prequestionamento no Recurso Extraordinário – AgRg no AI 375011/RS	137
5.4.3	A eficácia <i>erga omnes</i> de decisão proferida em controle difuso ou concreto de constitucionalidade – Reclamação nº 4335 e Súmula vinculante nº 26 do STF	138
5.4.4	sustentação oral do <i>amicus curiae</i> e abertura procedimental do recurso extraordinário - RREE 416827 e 415454	140
5.4.5	<i>Causa petendi</i> aberta no Recurso Extraordinário – RREE 298694 e 300020	141
	CONCLUSÃO	143
6	Bibliografia	146

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a competência recursal do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário¹, as causas resolvidas em única instância quando a decisão recorrida contrariar seus dispositivos. Essa competência funcional recursal, exercida em face de acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça em ações diretas de inconstitucionalidade, de certo seria considerada dentro do controle difuso já que a questão constitucional teria sido examinada e julgada originalmente por outro órgão jurisdicional.

Ademais, o processo originariamente julgado no tribunal *a quo* não tem partes, nem encerra uma lide subjetiva, e os legitimados objetivam obter do órgão judicial a declaração acerca da compatibilidade ou não do ato normativo examinado com a constituição estadual. Como resultado, o recurso extraordinário com tais características difere em muito dos oriundos de lides subjetivas que chegam aos milhares ao Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto relevante se relaciona com a norma constitucional estadual diante do parâmetro de controle, a controvérsia é solvida sob o pálio da norma da constituição estadual, que pode dispor sobre assuntos exclusivos do ente ou incorporar normas da Constituição Federal de maneira expressa ou por referência. Ocorre, porém, que o Supremo julga apenas violação de preceito da Constituição Federal, o que afastaria, num primeiro momento, o conhecimento de tais recursos diante da ausência da questão constitucional decidida pela Corte Estadual.

Assim, o conhecimento e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário decorrente de ação direta de inconstitucionalidade julgada por Tribunal de Justiça envolve o estudo e a análise de vários e importantes institutos de direito constitucional para a resolução do tema quanto à natureza jurídica desse recurso.

¹ Art. 102, inciso III, alíneas "a", "b", "c" e "d" da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 45/2004.

Convivem numa mesma relação jurídica processual elementos do controle difuso com o do concentrado de constitucionalidade, em razão da instituição de controles diretos de constitucionalidade em nível federal e estadual, e ainda, da possibilidade de recurso para o STF. Fala-se, nesse aspecto, na possível: i) objetivação do controle difuso ou, ii) na concretização do controle abstrato, ou ainda, iii) na simbiose dos dois.

A inclusão do controle abstrato tornou o sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade num dos mais amplos e completos. Se antes, o controle difuso ocupava posição de destaque, na atualidade o controle abstrato sobrepujou seu antecessor de modo a atrair a atenção dos estudos e das discussões doutrinárias.

O controle difuso permaneceu, porém, com importante atribuição decorrente da junção do federalismo com o controle de constitucionalidade. Funcionalmente, existe a justaposição do sistema abstrato com o difuso, pois a Corte Estadual julga a ação direta de inconstitucionalidade, em tese, e o Supremo, em grau de recurso, o recurso extraordinário, se da decisão houver contrariedade a dispositivo da constituição.

A dissertação aborda a possível objetivação do controle difuso de constitucionalidade, especificamente, ao se analisar o recurso extraordinário interposto de acórdãos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Se o fenômeno for confirmado significa que o recurso interposto terá tratamento de processo objetivo. Se for rechaçado, no entanto, significa que o apelo extremo não é diferenciado em razão de sua natureza e será julgado como um recurso comum.

A escolha do tema ocorreu em razão do trabalho desenvolvido pelo autor da presente dissertação na Procuradoria Geral da Câmara Legislativa do Distrito Federal no Núcleo de Apoio à Mesa Diretora, que tem como atribuições prestar as informações e interpor os recursos, em nome do Poder Legislativo distrital, nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e o Supremo Tribunal Federal respectivamente.

O exercício das atribuições profissionais na Câmara Legislativa por mais de dez anos permitiu ao autor da dissertação identificar os problemas em torno do recurso extraordinário interposto dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do

Distrito Federal em ações diretas de inconstitucionalidade, especialmente, quanto à norma tida por violada.

Considerando que, mesmo sendo classificado como uma espécie recursal própria do controle difuso de constitucionalidade, o recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza distinta dos demais recursos extraordinários uma vez que o processo original julgado pela corte estadual é de natureza objetiva. Tal fato permite indagar que se trata de um controle difuso abstrato? Difuso, porque julgado inicialmente por outro órgão judicial, com competência funcional própria, que não o Supremo Tribunal e, abstrato diante da ausência de demanda. Ou seria, abstrato difuso, em que o tribunal estadual apreciaria a ação em tese e posteriormente essa decisão poderia ser revista ou não pela Corte Suprema, se e somente si, o meio utilizado para provocar sua competência recursal observasse todos os requisitos exigidos para o conhecimento e o julgamento do recurso extraordinário.

A relevância do tema é considerável diante dos institutos envolvidos e do crescimento do número de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelos Tribunais de Justiça com base em normas constitucionais reproduzidas, repetidas ou simplesmente de referência nas Cartas Políticas estaduais, especialmente no Distrito Federal. Politicamente se discute a repartição interna do poder entre os entes da federação e a existência do Poder Constituinte Decorrente dos Estados e do Distrito Federal em editar direito próprio segundo o modelo prescrito na Constituição Federal. Aliado ainda a possibilidade de surgimento de mais uma hipótese de controle direto de constitucionalidade da lei ou do ato normativo municipal em face da constituição, não previsto no art. 102 da CF.

A importância social decorre da necessidade de segurança jurídica para uma população regida por ordens jurídicas parciais dentro da ordem jurídica geral, característica do estado federal, que necessita de parâmetros objetivos e determinados para o exame e o julgamento de demandas cujo pedido é a declaração em tese da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de ato normativo do Poder Público dos entes parciais da federação brasileira.

O destaque acadêmico decorre da percepção do problema e do conseqüente estudo a respeito das possibilidades de decisões do Supremo nessa modalidade recursal.

A pesquisa se mostrou viável diante da ampla discussão em torno do controle de constitucionalidade brasileiro, seus modelos, seus limites, sua evolução.

O contexto histórico-político do tema se faz a partir da promulgação da república e discorre sobre o surgimento dos modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado aliado ao controle direto de constitucionalidade realizado pelos tribunais de justiça em face da constituição estadual².

Assim, salienta-se que na dissertação se procura demonstrar a hipótese inicial de que não está ocorrendo a fusão dos modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade difuso e concentrado, mas a aplicação estanque de seus institutos.

Para tal objetivo, o presente trabalho foi dividido em cinco capítulos, sendo que o primeiro conceitual, e os demais contendo a evolução dos institutos, histórico e posição atual.

O primeiro capítulo – O controle de constitucionalidade brasileiro e a crise do paradigma – procura demonstrar a existência de crise de paradigma no controle de constitucionalidade brasileiro decorrente da importação do modelo difuso de origem norte-americana por obra do movimento republicano de maneira incompleta. A crise atinge outros institutos que também repercutem no controle de constitucionalidade, e para assimilar seus reflexos, discute-se o saber científico sob a ótica da criação e superação dos modelos.

Nesta parte, se analisa, ainda, o federalismo como o instituto que permitiu a existência do poder constituinte decorrente e do controle direto de constitucionalidade do direito estadual e municipal de competência originária do tribunal de justiça, em face da Constituição Estadual.

O segundo capítulo discorre sobre o constitucionalismo e o modelo difuso de controle de constitucionalidade, sua história, evolução e estágio atual. O modelo judicial brasileiro quanto a legislação estadual e municipal.

O terceiro capítulo examina o controle abstrato de constitucionalidade, com ênfase especial ao exercido pelo Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal em face da Lei Orgânica³ e, a tormentosa questão referente às normas da

² Art. 125, § 2º da Constituição Federal.

³ A LODF tem estatura de Constituição Estadual, nos termos do art. 32, *caput*, da CF/88.

Constituição Federal reproduzidas ou de simples referência contidas nas Cartas Políticas Estaduais. O estudo enfrenta, ainda, a atuação do poder constituinte decorrente que estabelece as normas da constituição estadual que servirão de parâmetro para o controle abstrato exercido pelas Cortes de Justiça em ações diretas de inconstitucionalidade.

O penúltimo capítulo aborda sobre o instrumento de provocação da competência recursal do Supremo, que é o recurso extraordinário, sua origem, requisitos de admissibilidade, o julgamento e os efeitos da decisão em acórdão oriundo de ação direta de inconstitucionalidade estadual ou distrital. Em especial, destaca a aplicação de regras procedimentais, seus limites e possibilidades.

O capítulo cinco analisa o próprio Supremo Tribunal Federal, origem e competência: originária e recursal. Os papéis institucionais do Tribunal como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, Corte Constitucional e Tribunal da Federação. Tangencia sobre as crises numéricas e finda com o exame de decisões relevantes a respeito do controle de constitucionalidade tanto difuso quanto direto para identificar a possível aproximação entre os modelos.

Na conclusão será verificada se a hipótese inicial acerca do distanciamento entre os modelos de controle foi confirmada ou não e, as sugestões de aprimoramento no sentido da superação da crise evidenciada pelo trabalho.

Vitor Gonçalves esclarece que: “[...], a Lei Orgânica é um estatuto complexo de normas que, sob o aspecto programático, chega a ser mais moderno e democrático que a Constituição Federal. Já no que tange à organização das funções do Estado, a Lei Orgânica é diploma eficaz e bem estruturado. A Lei Orgânica vem exercendo satisfatoriamente seu papel de estatuto constitucional [...]” (GONÇALVES, 1999, p. 85).

CAPÍTULO 1

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A CRISE DO PARADIGMA

O controle de constitucionalidade jurisdicional brasileiro é um dos mais completos e abrangentes no direito ocidental moderno, pois permite o exame da compatibilidade da lei ou do ato normativo com a constituição de forma ampla e exauriente⁴. Esse controle é exercido tanto na justiça da União quanto na dos Estados, de forma difusa ou concentrada. Convivem como parâmetros de controle concentrado⁵ a Constituição Federal e a Constituição Estadual, exclusivas para cada órgão: o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça, respectivamente.

Além disso, vários elementos figuram na equação do controle jurisdicional brasileiro com destaque para a autonomia, decorrente do modelo do Estado Federal que alcança os municípios, em terceiro grau, e, a coexistência dos sistemas difuso e concentrado. A saber, durante o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do DF por violação à norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, por exemplo, é possível a declaração de inconstitucionalidade de outro dispositivo, não impugnado, pela via difusa. Como resultado, o controle é caótico e, por vezes, contraditório.

Ademais, o agigantamento no controle de constitucionalidade dificulta sua sistematização diante das matizes históricas diferentes, das incompatibilidades decorrentes da própria evolução da sociedade e do ordenamento jurídico nacional com o crescimento dos direitos fundamentais.

Desse modo, é natural que exista uma preocupação dos estudiosos do tema com a racionalidade do sistema de modo a suplantarem as incongruências e simplificar

⁴ i) quanto à edição do ato, sob a ótica formal ou material; ii) quanto ao momento da arguição em relação à edição do ato, prévio ou a *posteriori*, e iii) quanto ao objeto do controle de forma difusa ou concentrada.

⁵ "O parâmetro do controle abstrato das normas federais é a Lei Fundamental" (MENDES, Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos, 1990, p. 163).

os procedimentos para que a questão constitucional possa ser solvida de forma célere, para que a justiça seja substancial⁶, num ambiente de segurança jurídica.

Uma das propostas em debate, concernente à racionalidade sistêmica, diz respeito à possível objetivação do controle difuso de modo a aproximá-lo do controle abstrato, numa verdadeira simbiose⁷ entre os modelos⁸.

Para que tal premissa seja verdadeira, necessário se faz verificar e analisar o recurso extraordinário, principal via de acesso no controle difuso perante o STF.

Antes, porém, mister se faz discorrer sobre as crises nos modelos e a evolução dos institutos com vistas à construção do saber científico.

1.1 O SABER CIENTÍFICO E A SUPERAÇÃO DO MODELO

Existe uma crise de paradigma que assola o direito brasileiro, em especial o Constitucional no que tange ao controle de constitucionalidade. Inúmeras modificações legislativas foram implementadas desde a “importação canhestra”⁹ do modelo americano. Tais alterações não resolveram, no entanto, vício de origem referente à vinculação dos demais órgãos do judiciário às decisões proferidas pelo Supremo quanto à interpretação das normas constitucionais em vigor pós 1988.

Pretende-se avaliar o fenômeno desde a sua implantação com vistas ao momento atual, em especial quanto a efetividade das decisões proferidas e as possíveis contribuições para o aprimoramento do controle de constitucionalidade de matriz norte-americana no país.

Antes porém de adentrar em cada um dos aspectos do problema, é preciso fazer uma breve abordagem do conhecimento científico, sua construção e suas

⁶ “Para se chegar à enunciação de princípios substanciais da Justiça, é necessário especificar quais as semelhanças e quais as diferenças de características pessoais que deveriam ser tomadas como base de um tratamento semelhante ou diferenciado” (BOBBIO, MATTEUCCI, & PASQUINO, Dicionário de política, 1993, p. 663).

⁷ Antenor Nascentes destaca como um dos significados a “ligação íntima e recíproca” e, útil para os dois (1988, p. 587).

⁸ Francisco Fernández Segado sustenta a aproximação entre os modelos americano e europeu (La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano - Modelo Europeu - Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional, 2003).

⁹ O autor utiliza o termo no sentido de importação de institutos jurídicos estrangeiros totalmente dissociados da realidade jurídica e social brasileira e de maneira incompleta. Esse assunto será objeto de análise ao longo do trabalho.

crises, que de certo modo auxiliam não só no diagnóstico, mas também na sua compreensão por inteiro.

A construção do saber científico envolve tanto as reflexões críticas dos cientistas quanto as dos filósofos que visam alcançar o objeto de estudo de forma metodológica e passível de ser reproduzida por aqueles que seguirem o método¹⁰ ou o procedimento utilizados. Para tanto, o conhecimento científico esprou-se para além das bordas das ciências naturais para alcançar também as chamadas ciências humanas¹¹, em que o direito está inserido¹². De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Júnior: “Método é um conjunto de princípios de avaliações da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipótese” (1980, p. 11).

Nas ciências humanas, a ênfase do método recai sobre o ato de compreensão dos fenômenos humanos, além do ato de explicar, característico nas ciências da natureza, isto é, “o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos fenômenos, valorando-os” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 11).

A ciência jurídica é mais específica e traz uma dificuldade maior para o estudioso, tal fato decorre do método utilizado pelo cientista, sem qualquer relação com a diversidade entre o objeto das ciências naturais com o das humanas.

Significa que os fenômenos jurídicos, por estarem nas ciências humanas e para serem compreendidos, devem agregar certa carga valorativa inerente ao próprio objeto estudado, além de considerar também a atuação do próprio cientista com seus valores pessoais. O reconhecimento do *valor* agregado pelo operador ao objeto de estudo afasta a dificuldade mais relevante para a compreensão dos fenômenos jurídicos, ou seja, a pseudo neutralidade e a pureza¹³. Pseudo, porque a carga valorativa é variável e impossível de ser reproduzida em laboratório, e impura,

¹⁰ Utiliza-se o termo método no sentido de procedimento, pois a metodologia seria o estudo dos métodos (CARVALHO 1994, p. 63).

¹¹ Tercio Sampaio esclarece que a distinção “não se refere a uma classificação das ciências, [...], mas de ciências diferentes no seu objeto e no seu método” (FERRAZ JÚNIOR 1980, p. 11).

¹² Tercio Sampaio adverte para as dificuldades preliminares na conceituação de ciência do direito, seja em razão da ausência de univocidade do próprio termo ‘ciência’, seja sobre a aplicação da metodologia apropriada ao tema, ou, por último, a existência de um objeto científico próprio ao direito. Para um exame mais aprofundado vide (FERRAZ JÚNIOR 1980, p. 9 e seguintes).

¹³ Inocência Mártires é mais preciso ao pontuar que “até nas ciências exatas o sujeito contamina o objeto” (COELHO 2010, p. 40).

porque a própria atuação do intérprete acaba por transformar o objeto estudado¹⁴ (COELHO, Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica, 2010, p. 28), que o compreende e explica.

Em outros termos, o simples atuar do intérprete também interfere na apreensão do conhecimento científico, pois cada intérprete traz em si, como sua pele, sua pré-compreensão¹⁵. O reconhecimento da carga valorativa e da pré-compreensão¹⁶ do intérprete sobre o objeto de estudo afasta das ciências humanas e jurídicas a neutralidade.

Além da pré-compreensão do jurista e do valor inerente ao objeto, existem ainda os valores ligados às fontes dos institutos jurídicos. Como adverte Tércio Sampaio, não basta constatar as ligações entre os institutos brasileiros com suas matrizes estrangeiras, “é preciso, para captar o fenômeno, uma determinação do seu sentido (na vida brasileira, no concerto americano e europeu etc.), fato que ocorre mediante valorações capazes de perceber o significado positivo ou negativo dos fatos num contexto” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 12).

Ou seja, não basta explicar a influência de modelos e institutos jurídicos estrangeiros na experiência brasileira sem a compreensão e a explicação dos valores que estavam ligados às fontes desses institutos em seus países de origem, sem as quais ocorreria uma “importação canhestra”¹⁷ do instituto ou do modelo alienígena.

A inobservância desses fatores influenciará na correta compreensão e na explicação dos fenômenos jurídicos reproduzidos de outros países que repercutem em situações concretas em nossa realidade. O resultado obtido será deficitário em face da omissão inicial.

¹⁴ “Interpretar já é transformar, na medida em que fazemos de uma coisa dada uma coisa interpretada, assim como, interpretando as leis, os seus *tradutores* transformam direito legislado em direito *interpretado*” (COELHO 2010, p. 28).

¹⁵ A pré-compreensão é um dos elementos ou uma das condições necessárias da concretização normativa-constitucional e conceito chave da hermenêutica ontológica e da hermenêutica filosófica (DA SILVA 2009, p. 55).

¹⁶ Explica Kelly Susane a “pré-compreensão do intérprete”, que faz parte do processo de interpretação do conteúdo da norma jurídica, não é obtida de “um ponto arquimédico, alheio à tradição [...] e à historicidade” que lhe é inerente (DA SILVA 2009, p. 55).

¹⁷ O processo de importação já é em si uma tradução em que ocorre necessariamente perda de sentido e/ou conteúdo. Em outros termos, na prefação de Jerônimo Soares Barbosa sobre a utilidade da tradução para o Português a obra clássica de Quintiliano “Instituições Oratórias”: “a utilidade das traduções é bem conhecida. Elas transportam, para assim dizer, os conhecimentos humanos de um século a outro, e de um país estranho ao nosso” (QUINTILIANO, 1944, p. 5).

Sem aprofundar na discussão a respeito da moderna metodologia da ciência, quer naturais quer sociais e, especialmente da ciência do direito, por não ser objeto de estudo do presente trabalho, o interesse sobre o tema restringe-se à percepção de que o direito, como ciência, tem objeto definido e determinado em duas facetas: “interpretativa e normativa” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, pp. 14-15).

O jurista tem por tarefa interpretar textos e situações para a captação da norma na sua situação concreta. De acordo com Tercio Sampaio

a intenção básica do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador que estabelece o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe “a força e o alcance, pondo-o em presença dos dados atuais de um problema” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 14).

Em suma, o jurista atua não só para explicar e compreender, mas também para identificar a norma em vigor para solucionar problemas atuais da sociedade, uma vez que tais normas surgem de textos e fatos pretéritos, que necessitam de interpretação¹⁸.

Quando os cientistas, em sua maioria, aceitam uma construção teórica suficientemente sem precedentes “para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares” (KUHN, 2000, p. p. 30).

Tal construção é suficientemente aberta para deixar toda a espécie de problemas serem resolvidos pelos novos partidários, surgindo então o paradigma. Esse cabedal de conhecimento teórico e metodológico passa então a direcionar a produção do conhecimento naquele ramo do saber até que tenham início questionamentos cada vez mais frequentes sobre a inadequação das soluções do modelo até então vigente.

Como adverte ainda Maria Cecília,

A ciência não vive só de triunfos. Passado o período em que o paradigma é articulado e suas possibilidades de nutrir a pesquisa foram exauridas, surgem problemas não passíveis de solução no horizonte do paradigma. Surgem as chamadas anomalias: fenômenos desafiantes, proibidos pelo paradigma. Fracassam as tentativas de dominar as dificuldades (CARVALHO, 1994, p. 80).

Nesse contexto, vários institutos de inspiração alienígena que resultaram em normas utilizadas para a solução de problemas da sociedade brasileira estão em

¹⁸ Ou como sintetiza Inocêncio: “não existem fatos, apenas interpretações de fatos” (COELHO 2010, p. 22).

crise, já que tais modelos teóricos foram importados destituídos de seus valores locais, o que resultou num déficit normativo intensificado com as modificações surgidas, tanto na realidade brasileira quanto nos países de origem.

Termos e institutos como: cidadão, estado, separação de poderes, individualismo, federalismo, presidencialismo, controle de constitucionalidade, dentre outros, foram adquiridos pelos cientistas jurídicos pátrios por meio da educação ou da literatura sem o exame preciso da “existência de um corpo subjacente de regras e pressupostos” (KUHN, 2000, p. 70), que validariam o novo modelo a ser implantado.

Desse modo as teorias que resultaram de tais moldes não comportam testes de eficácia, nem no contexto original dos institutos, nem na realidade brasileira adaptada, que carecem dos valores originais.

Diante da impossibilidade de fornecer respostas aos problemas atuais, os paradigmas do Estado e da sociedade moderna sofrem uma progressiva erosão e conseqüente enfraquecimento. Quando isso ocorre, segundo a doutrina, os modelos são aplicados normalmente até que “debates frequentes e profundos a respeito de métodos, problemas e padrões de solução legítimos” (KUHN, 2000, pp. 72-73) resultem na modificação dos paradigmas ultimando nas revoluções científicas^{19 20}.

Como exemplo desse processo corrosivo decorrente da revolução científica em curso, pode-se destacar a concepção do indivíduo como titular de direitos. Em tempos antigos, o indivíduo só detinha a capacidade de ser titular de direitos dentro do contexto de grupo, uma vez que a antiga concepção organicista²¹ defendia que a sociedade era um todo, e o todo estava acima das partes. A concepção individualista custou a abrir caminho, já que foi geralmente considerada como fomentadora de desunião, de discórdia, de ruptura da ordem constituída e, portanto, combatida e relegada (BOBBIO, A era dos direitos, 1992, p. 59).

O reconhecimento dessa última concepção significou a ruptura da relação entre o indivíduo e a sociedade e, posteriormente, com o próprio Estado. O indivíduo

¹⁹ Revoluções científicas são períodos durante os quais os paradigmas são primeiramente atacados e então modificados (KUHN 2000, p. 73).

²⁰ Apesar de Kuhn não admitir o paradigma nas ciências humanas, o termo é utilizado diante de uma revolução ocorrida em seus termos originais.

²¹ Bobbio esclarece que a teoria organicista, concepção da Teoria da organização, em que “a organização é um organismo dotado de vida própria, interessado em manter um equilíbrio interno e externo que lhe possa garantir mais eficazmente a sobrevivência e o desenvolvimento” (BOBBIO, MATTEUCCI, & PASQUINO, Dicionário de política, 1993, p. 865).

primeiro tem direitos, depois deveres frente ao Estado, e este, primeiro tem deveres em face do indivíduo, em segundo, vêm os direitos.

A concepção individualista possibilitou, assim, o surgimento de novas teorias sobre a relação da pessoa com o Estado e a ampliação dos direitos fundamentais. No entanto, a própria sociedade individualista evoluiu para permitir a visualização de sua incapacidade, enquanto paradigma, para solucionar novos problemas decorrentes da globalização²² e do pluralismo²³.

As contradições decorrentes de situações atuais como o padrão de consumo ocidental, o esgotamento de recursos naturais, o desenvolvimento e o incremento das questões ambientais indicam a necessidade de reexame e a análise da concepção individualista como padrão da sociedade contemporânea. Se todos os homens e as mulheres do planeta consumirem o que os “norte-americanos” consomem, segundo uma perspectiva individualista haverá recursos e bens para todos?

Esses assuntos suscitam questionamentos em torno da adoção da concepção individualista e dos arquétipos atuais para o enfrentamento das dificuldades relatadas, já que o incremento das contradições leva ao reconhecimento do esgotamento do modelo e à conseqüente adoção de um novo paradigma, uma vez que o Estado, como devedor dos direitos individuais e sua organização interna plasmada na Constituição, deverá desenvolver uma norma forma de regular sua relação com o indivíduo. Esse aspecto da questão resultará na análise do constitucionalismo.

1.2 PROCESSO E RECURSO

²² “Processo de internacionalização econômica, especialmente quanto à produção e à comercialização de mercadorias e quanto ao intercâmbio de informação e comunicação, com forte impacto sociocultural: *A globalização fez do nosso planeta uma grande aldeia*” (Academia Brasileira de Letras 2008, p. 638).

²³ Pluralismo é “a concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar o centro do poder dominante, historicamente identificado como o Estado” (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, Dicionário de política 1993, p. 928).

O acionamento da Jurisdição Constitucional se faz mediante a provocação do legitimado por meio do processo²⁴. O processo pode ser compreendido como o meio posto à disposição do cidadão, inclusive do estrangeiro, para provocar o Judiciário a resolver o litígio, em observância ao princípio da inércia. Ou em termos mais precisos “o instrumento pelo qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)” (CINTRA, DINAMARCO, & GRINOVER, 2002, p. 277).

A jurisdição constitucional é acionada dentro de uma relação processual e está jungida por procedimentos com seus contornos apertados definidos na lei. Esse arcabouço normativo em torno do processo termina por engessá-lo, quanto ao cumprimento das regras disciplinadoras de seu procedimento, e por conseguinte dificulta sua utilização no exame da questão constitucional, o meio torna-se mais relevante do que o fim.

Já o termo recurso, no âmbito do direito processual, significa o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna” (BARBOSA MOREIRA J. , 1998, p. 233).

Enquanto o controle difuso de constitucionalidade, no que tange à atuação do Supremo Tribunal²⁵, se faz por meio de recurso, já o controle concentrado decorre da ação, ajuizada perante o este ou o Tribunal de Justiça estadual²⁶. Significa então que tanto o recurso²⁷ quanto a ação são meios de conduzir a questão constitucional para o conhecimento do órgão judiciário.

Como o principal meio de provocação da jurisdição constitucional no sistema difuso é o recurso extraordinário a percepção da sua natureza jurídica do recurso como gênero e do recurso extraordinário como espécie de um direito potestativo

²⁴ “O processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento[...], também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual” (CINTRA, DINAMARCO, & GRINOVER, 2002, pp. 283-284).

²⁵ O STF também exerce o controle difuso de constitucionalidade em sua competência originária.

²⁶ Quando no trabalho houver a referência a atuação de Tribunal de Justiça estadual necessariamente incluirá, também, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

²⁷ O recurso é “simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”. O direito de recorrer é conteúdo do direito de ação (e também do direito de exceção), e o seu exercício revela-se como desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais. O direito de recorrer é um direito potestativo processual, tendo em vista que objetiva alterar situações jurídicas, invalidando, revisando ou integrando uma decisão judicial (independentemente da vontade da outra parte). Diante das inúmeras possibilidades abertas e dos princípios que lhe dão conformidade, o recurso é um instituto complexo em sua estrutura e na sua utilização, preservando, porém, a mesma natureza do direito de ação.

processual que tem por objeto o exame em tese, da observância pelo Tribunal de Justiça, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, da interpretação dada pelo STF quanto à compatibilidade das normas estaduais, distritais ou municipais com as normas da Constituição firmadas na decisão proferida pelas Cortes Estaduais.

O recurso extraordinário volta-se para a correção do erro *in judicando* que consiste em “um erro na declaração dos efeitos jurídicos substanciais e processuais: erro pelo qual o juiz desconhece efeitos jurídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles” (BETTI 1936, p. 626 *apud* (NERY JUNIOR, 1996, p. 214). Em outros termos “o vício é de natureza substancial, de conteúdo, provocando a injustiça do ato judicial. Não se trata de vício de forma, mas sim de fundo” (NERY JUNIOR, 1996, p. 214).

Para esse exame, o Supremo terá que interagir com diversos institutos como modelos de controle difuso e concentrado, federalismo e o próprio papel do Tribunal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, além de Corte Constitucional e ainda Tribunal da Federação. Esses temas serão objeto de estudo específico mais adiante.

1.3 CONCEITOS E TEMAS PRELIMINARES: O ESTADO, O ESTADO DE DIREITO, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Como acentuado anteriormente, a compreensão da importância do recurso extraordinário demanda o estudo de outros temas que repercutem de certa forma na conformação do sistema como: o Estado, o Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito e sua interligação com a democracia representativa.

A crise na relação entre sociedade pós-contemporânea²⁸ e o indivíduo traz como consequência a necessidade de abordar, mesmo que sucintamente, a relação

²⁸ As expressões “pós-contemporânea” e “pós-contemporâneo” são sinônimas e utilizadas no trabalho no sentido da realidade social atual de mundo líquido moderno. “O mundo que chamo de ‘líquido’ porque, como todos os líquidos, ele jamais se imobiliza nem conserva sua forma por muito tempo. Tudo ou quase tudo em nosso mundo está sempre em mudança [...]” (BAUMAN, 2011, p. 7).

entre Estado e Democracia, verdadeiros marcos político-jurídicos do direito ocidental.

Essa tônica de crise paradigmática da concepção individualista de sociedade também se dá com o Estado²⁹ moderno^{30 31}, com a ressalva de que ele está intimamente ligado com o direito que, por conseqüência, também, enfrenta turbulências cada vez mais vigorosas.

À organização política moderna, de um poder soberano³², de um povo em determinado território delimitado, agrega-se a noção de finalidade para o reconhecimento do Estado como ente político e jurídico, sendo que tais elementos estão expressos na constituição³³.

O Estado, como se nota, constitui-se dos elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. Adverte José Afonso (SILVA, 2003, p. 98) que uma coletividade territorial só adquire a qualificação de Estado quando conquista sua capacidade de autodeterminação, com a

²⁹ Dallari expõe com precisão: "A denominação *Estado* (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em 'O Príncipe' de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos, sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII, a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome Estado, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à sociedade política dotada de certas características bem definidas. A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros" (DALLARI 1995, p. 44).

³⁰ "O Estado Moderno, que surgiu na Europa com a Idade Moderna, sobre as ruínas do feudalismo. Teve por base o desenvolvimento da economia mercantil e a libertação das sociedades civis do domínio temporal da Igreja e assentou a concentração do poder nas mãos do príncipe e no despertar da consciência nacional, que permitiu encontrar um fundamento e um fim despersonalizado para o poder" (CAETANO Manual de Ciência Política e Direito Constitucional 2009, p. 122).

³¹ A origem e o nascimento do Estado são fixados historicamente com o início da era moderna (século XVI), quando "o poder se concentra na mão da autoridade régia que repele a intromissão de qualquer outra advinda do exterior, assim como subjuga todas as existentes no interior do território sob sua jurisdição" apesar de que "não se nega que a Antiguidade Clássica (as cidades gregas e o Império Romano) já apresentasse sinais precursores dessa realidade" (BASTOS, Curso de teoria do Estado e ciência política, 1986, pp. 6, 7-9).

³² Marcello Caetano denomina o poder soberano como o Poder Político "a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação" (2009, p. 130).

³³ "Conjunto de normas que organizam esses elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e fins" (SILVA 2003, p. 98).

independência em relação a outros Estados. A população³⁴ e o território³⁵ são importantes elementos para o reconhecimento do Estado como organização política soberana, porém, a capacidade de autodeterminação é a mais relevante, pois amalgama os demais elementos³⁶.

A capacidade de autodeterminação, compreendida como o exercício do poder político, traduz-se na criação e na imposição de normas jurídicas com o âmbito de vigência circunscrito, definido pelo território do Estado, “e ao seu abrigo desenvolve-se uma convivência jurídica” (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 2009, p. 131).

Na síntese precisa do autor lusitano:

a cada Estado corresponde uma *ordem jurídica*, na tripla acepção de que cada Estado possui um *sistema próprio de normas*, criadas por ele ou sob a sua autoridade, de que a cada Estado pertence um *espaço jurídico*, no seio do qual vigoram aquelas normas e as que, provenientes embora de sistemas estranhos, o Estado *recebe*, e de que cada Estado se traduz numa *convivência jurídica* desenvolvida, nos quadros do seu espaço jurídico, ao abrigo das suas normas ou de outras que permite que aí sejam aplicadas (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 2009, p. 131).

Essa capacidade interna e externa de criação e imposição de normas jurídicas por meio do direito começa a sofrer, também, uma corrosão paradigmática, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas sob os auspícios da lei do Terceiro Reich e pela premente proteção dos direitos humanos.

³⁴ “O termo população tem um significado econômico, que corresponde ao sentido vulgar, e que abrange o conjunto de pessoas residentes num território, quer se trate de nacionais quer de estrangeiros. Ora, o elemento humano do Estado é constituído unicamente pelos que a ele estão ligados pelo vínculo jurídico que hoje chamamos nacionalidade. (...) A palavra povo designa a coletividade humana que, a fim de realizar um ideal próprio de justiça, segurança e bem-estar, reivindica a instituição de um poder político privativo que lhe garanta o direito adequado às suas necessidades e aspirações. (...) O povo é constituído apenas pelos nacionais, daí resulta que só esses podem intervir no exercício do poder constituinte (originário) e que só esses, em princípio, gozam em geral dos direitos políticos (embora nem todos eles, pois os menores, os dementes...), isto é, podem ser cidadãos ativos” (CAETANO, Direito Constitucional 1977, p. 159-160).

³⁵ Território pode ser definido como o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens. Todavia, é importante destacar o crescimento do direito internacional, especialmente na proteção dos direitos humanos que, em algumas situações, afastam a aplicação das normas locais que protejam eventuais autores de atos contra os direitos humanos. Ou como expressa Kelsen: é o âmbito de validade da ordenação jurídica, chamada Estado (KELSEN 1992, p. 207).

³⁶ Situação que melhor ilustra esse fenômeno é a questão Palestina. Um povo que reside num território sem capacidade de autodeterminação em face de Israel.

O fomento da política dos direitos humanos teve como reflexo a mitigação teórica da soberania externa, em que o Estado imponente³⁷ perde espaço diante do ser humano sob sua tutela especial e jurídica.

Desse modo, percebe-se que a noção do Estado pós-contemporâneo²⁸ como organização política e soberana dentro de seu território começa a sofrer uma corrosão paradigmática frente à crescente proteção aos direitos humanos que se expressa pelo direito. A percepção do fenômeno exige o estudo do Estado sob a ótica do direito a seguir.

1.3.1 O ESTADO DE DIREITO

A organização dos elementos do Estado moderno ocorre por meio de uma constituição escrita que visa disciplinar, com normas jurídicas, a relação entre os órgãos do Estado e seus cidadãos.

O Estado de Direito^{38 39 40} surgiu sob a influência do liberalismo, em que existe uma sobrevalorização dos direitos civis ou individuais, o que é natural diante do processo histórico de resistência à centralização monárquica e aos excessos da autoridade estatal.

³⁷ As normas de direito internacional de proteção aos direitos humanos ganham aplicação cogente nos espaços jurídicos dos Estados, mesmo sem a concordância deles.

³⁸ Adverte o autor lusitano que: "Há, porém duas concepções correntes do Estado de Direito: uma *material*, jusnaturalista, realização de certo conceito de Justiça; outra *formal*, positivista e, portanto, simples instrumento ao serviço de qualquer conceito de Justiça, cabendo melhor a ele a designação de *Estado de legalidade* (*Gesetzesstaat*)" (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional 2009, p. 320).

³⁹ "Em sentido material, o Estado de direito é aquele em que o poder político aparece como simples meio de realização e garantia dos direitos individuais naturais, fonte de toda a Ordem Jurídica. O valor supremo da sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais" (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional 2009, p. 321).

⁴⁰ "Estado de legalidade – o positivismo jurídico lançou mão da fórmula <<Estado de Direito>> mas integrou-a na sua visão formalista e relativista. Estado de Direito, neste sentido, será *todo aquele que realize os seus fins por meios ou processos jurídicos*. Os fins do Estado são variáveis, consoante a direção política adotada. As regras de Direitos serão formuladas por via geral e impessoal: praticamente está na *generalidade das leis* – isto é, na impossibilidade jurídica de o Poder exigir de certa e determinada pessoa qualquer prestação ou comportamento a não ser nos casos em que essa prestação ou comportamento sejam exigíveis e todas as pessoas nas mesmas condições, previamente definidas, - a garantia fundamental dos cidadãos" (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional 2009, p. 323).

Implantado com dificuldades e precedido de conflitos e revoluções, o modelo do Estado de Direito Liberal ⁴¹ não proporcionou “a ampliação dos direitos civis para todos os segmentos da sociedade e a representação política também se limitou a setores sociais específicos” (DELGADO, 2008, p. 326). Desse modo, ocorreu o natural descrédito das conquistas anunciadas após os períodos de mobilização social que visavam às mudanças fáticas na vida do cidadão comum. Essa insatisfação conduziu à superação do Estado de Direito Liberal para o Estado Social de Direito até para o Estado Socialista ou Comunista, que, aqui, não serão objeto de estudo.

Na social-democracia, estado por excelência de sobrevalorização dos direitos sociais, eles prevalecem sobre os direitos individuais. O Estado, diante da expectativa social por proteção ao trabalho e de garantia à saúde e à educação, amplia sua intervenção ativa na sociedade e multiplica suas funções. “O Estado passa a ser tanto protetor da sociedade como gerenciador de políticas públicas” (DELGADO, 2008, p. 327).

No entanto, o modelo de Estado-providência também entrou em crise, devido, basicamente, a sua incapacidade financeira de satisfazer seu “papel social”, o que fez ressurgir as ondas do modelo neoliberal, com as sucessivas revoluções tecnológicas, o credo desregulamentador da economia e a globalização (VIANA, 2008, p. 50).

Atualmente, portanto, o Estado contemporâneo brasileiro contém traços de Liberal, Social e Neo-liberal, em diferentes estágios sob uma mesma sociedade em um mesmo ordenamento jurídico. A melhor definição para o que se tornou o Estado contemporâneo pátrio vem da literatura com o “realismo fantástico”^{42 43}.

⁴¹ Como explica José Afonso: “o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais” (SILVA 2003, p. 113).

⁴² O Autor utiliza a expressão para denotar esse estado de perplexidade de convivência de realidades tão distintas e concomitantes. Não existe uma evolução entre os estágios, mas uma coexistência de partes deles.

⁴³ “O nosso continente, que durante muito tempo foi reduto de pobreza e atraso, foi também o berço de um original movimento literário. Tudo começou quando o escritor cubano Alejo Carpentier publicou o romance *O reino deste mundo* (1949), em cujo prefácio discutia o chamado “*real maravilhosos*” (duas expressões equivalentes surgiram depois, “*realismo mágico*” e “*realismo fantástico*”), conceito

Para tonificar esse emaranhado de influências, acrescente-se o princípio democrático no exercício do poder do Estado.

A democracia como será abordada a seguir, também tem suas diferentes matizes que repercutem no exercício dos direitos no país.

1.3.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Ao lado da vertente econômica, o Estado⁴⁴ brasileiro é formado por seus cidadãos, que habitam no território sob as normas estabelecidas no ordenamento jurídico cuja lei mais relevante é a constituição, sendo o exercício do poder político qualificado pela democracia.

O Estado Democrático de Direito, segundo José Afonso, acolhido constitucionalmente “como um conceito-chave do regime [político-jurídico] adotado. [...] reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera” (SILVA, 2003, p. 112).

O Estado Democrático se funda no “princípio da soberania popular”, que não se exaure na simples formação das instituições representativas (SILVA, 2003, p. 117).

Segundo José Afonso

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas

que ampliou num artigo de 1964, em que diz: “A América é o único continente onde diferentes eras coexistem”, isto é, onde os avanços tecnológicos da modernidade convivem com o primitivo. Essa situação configura o choque cultural do qual nasce a fantasia que alimentará a nova vertente literária latino-americana” (SCLIAR 2005, p. 30).

⁴⁴ Celso Ribeiro Bastos conceitua o Estado como “a organização política sob a qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente” (1986, p. 10).

de organização e interesses diferentes da sociedade; (2003, pp. 119-120).

Nesse sentido, a democracia “não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. Isso ocorre porque aquela é um instituto político jurídico em construção, não absoluto e acabado, e sempre interligado a um modelo de Estado, numa sociedade e em determinada época histórica (SILVA, 2003, p. 94).

A base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de “governo do povo” (DALLARI, 1995, p. 145), revelada pela própria etimologia do “termo democracia”, que chegou à supremacia da preferência pelo governo popular após um longo e penoso processo histórico-evolutivo, marcado por guerras, lutas e revoluções.

O Estado Democrático de Direito nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo pela afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. É por meio de três grandes movimentos político-sociais ocorridas no ocidente que se transpõem, do plano teórico para o prático, os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: a Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e, por último, a Revolução Francesa, que exerceu sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nela a influência direta de Rousseau (DALLARI, 1995, p. 147).

O estudo do Estado Democrático de Direito é precedido pelo exame e pelo questionamento acerca da titularidade do poder político, ou seja, a quem pertence? Quem é o seu titular originário? A quem é confiada a estrutura dos órgãos? A resposta a tais perguntas permite identificar os sistemas de governo autocráticos ou democráticos. “Sistema de governo autocrático é aquele em que o poder político (incluindo o poder constituinte) é exercido em nome próprio por uma pessoa (monocracia) ou por um grupo social – classe, casta, partido, corporação (aristocracia ou oligarquia)” (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 2009, p. 360).

O sistema de governo democrático ocorre “quando se entende que o poder político pertence originariamente a toda a coletividade, - ao Povo”, sendo que

o sistema pode ser, quanto ao exercício do poder político e dos respectivos órgãos, “direto, representativo e semidireto”, e quanto ao sistema de governo representativo, os tipos “convencional, parlamentar e pessoal” (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 2009, p. 361).

A palavra povo, como “conjunto de cidadão” abarca duas imagens opostas:

a imagem de um corpo coletivo orgânico , do qual os indivíduos são membros, no mesmo sentido que os braços ou as pernas são membros do organismo físico, [...], ou então a imagem do conjunto, da simples somatória de todos os indivíduos como entes singulares que têm ou pretendem ter valor como tais (BOVERO, 2002, p. 16).

Tais visões, conseqüentemente, repercutem no modo de identificação do verdadeiro sujeito de decisão, o arquétipo de membro orgânico coletivo, dotado de vontade unitária, já foi refutado pela evolução social, prevalecendo atualmente a noção do indivíduo como titular de per si do poder político e não como membro de determinada sociedade. Retomando a concepção geral de democracia como processo de afirmação do povo, Bovero aprofunda o exame do instituto sob a perspectiva de “[...] poder (*krátos*) de tomar decisões coletivas,[...], exercido pelo povo (*dêmos*), [...], mediante (soma de) livres escolhas individuais”, para sintetizá-la nos substantivos: igualdade e liberdade, que indicam os valores últimos nos quais se inspira a democracia (BOVERO, 2002, p. 17).

Por igualdade, como elemento característico da democracia moderna, o cidadão é caracterizado como o “indivíduo membro da coletividade, sem distinção de classe ou de patrimônio⁴⁵, considerado simplesmente como sujeito capaz de vontade racional e, por isso mesmo, dotado de dignidade política” (BOVERO, 2002, p. 27). Por liberdade, Bovero a identifica na conjugação da liberdade em sentido liberal condensada por Bobbio nas “quatro grandes liberdades dos modernos: a liberdade pessoal, a liberdade de opinião e de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de associação”, acrescida da liberdade democrática que se expressa na participação dos cidadãos no poder político (BOVERO, 2002, p. 88 e 90).

O binômio igualdade e liberdade, que dá sustentáculo à Democracia, supõe a equivalência das vontades e os interesses de todos os membros da

⁴⁵ Sexo, cor e origem.

comunidade política. No entanto, a realidade da sociedade contemporânea, globalizada e extremamente heterogênea, aponta para uma crescente restrição da liberdade individual em prol do todo, que também não tem seus contornos bem definidos.

Como tentativas de precisar esse modo de exercer o poder, o sistema democrático de governo se expressa de forma direta e indireta ou representativa.

O sistema democrático de governo direto “consiste no exercício integral das funções próprias do Poder político pela assembleia geral dos cidadãos-ativos do Estado” (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 2009, p. 361). A assembleia elaboraria as leis, elegeria os magistrados e decidiria os recursos eventualmente interpostos. Isso seria para Rousseau a forma perfeita do exercício da soberania popular, ao mesmo tempo, impraticável diante das inúmeras variáveis que interferem no processo decisório (ROUSSEAU, 1989, p. 82).

A democracia indireta ou representativa existe “quando o poder político pertence à coletividade, mas é exercido por órgãos que atuam por autoridade e em nome dela e tendo por titulares indivíduos escolhidos com intervenção dos cidadãos que a compõem” (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 2009, p. 362).

A democracia representativa⁴⁶ ⁴⁷ tem por pressuposto a concepção de alguém escolhido pelo povo para condensar sua vontade coletiva e um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político (SILVA, 2003, p. 97).

A representação é montada sobre o mito da

identidade entre povo e representante popular”, [que tende] a fundar a crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo; (...) que, em tal suposição, o povo se autogoverna, sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos: o povo, destinatário das decisões, e o representante, autor, autoridade, que decide para o povo (SILVA, 2003, p. 99).

⁴⁶ Para Silva (2003, p. 97) democracia representativa “é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado, diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente”.

⁴⁷ Silva (2003, p. 97) identifica em Sieyes o idealizador da teoria do governo representativo em sua obra *Qu'est-ce que le Tier État?*

A origem da teoria da representação política, que se concretiza no mandato representativo, é creditada ao Estado liberal burguês e significa que “o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; esse mandato se diz geral, livre, irrevogável e não comporta ratificação dos atos do mandatário (SILVA, 2003, p. 98). Por isso, há muito de ficção no mandato representativo, porque o povo participa apenas do início do processo e fica excluído do resto, prevalecendo ao final, portanto, a noção de “simples técnica de formação dos órgãos governamentais” e de uma “ideia de igualdade abstrata perante a lei” (SILVA, 2003, p. 98).

Democracia, na precisa síntese de Bobbio “foi sempre empregado (sic) para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político” (BOBBIO, Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política, 1992, p. 135). Fica patente a tônica sobre a distinção entre a democracia direta (dos antigos) e a democracia representativa (dos modernos), em que o voto ⁴⁸ é exercido “não para decidir, mas sim para eleger quem deverá decidir” (BOBBIO, Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos, 2000, p. 372).

A posição proeminente das eleições, ocasião em que o povo outorga poder ao representante eleito, relegou, para segundo plano, outros temas, como a responsabilização popular dos eleitos, a natureza da representação e do mandato. Marcello Cerqueira exemplifica que:

Pensa-se a democracia como um conjunto de instituições, mais ou menos estáveis, que se legitimam pelo voto popular: Muito embora haja escolha (e até surpresas), a participação popular se expressa em eleições periódicas e normalmente se esgota com a eleição dos representantes. O *script* é conhecido: o povo vota e os eleitos governam. E o ciclo se repete com novas eleições. Os comportamentos são previsíveis (CERQUEIRA, 2005, p. 32).

A imagem, que mais representa a democracia dos tempos modernos, é o dia das eleições: “longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto na urna”, na lúcida visão do escritor italiano (BOBBIO, Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos, 2000, p. 371).

⁴⁸ Entendido como relevante ato de uma democracia atual.

O nó górdio mais importante atualmente, por si só, na clara visão de Bobbio, é o envelhecimento das instituições políticas e governamentais mais elementares, entre elas a Democracia Parlamentar Representativa” (BOBBIO, Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política, 1992, p. 149).

Segundo Cruz, a democracia, seja qual for as suas formas, para funcionar na sociedade atual, não pode ser de “métodos ou procedimentos” (CRUZ, 2009, p. 9), mas, acima de tudo, um valor interligado à aplicação de outros princípios.

A efetivação do princípio democrático pressupõe que as decisões públicas devem ser adotadas pela participação, direta ou indireta, dos cidadãos, e que, por isso, podem ser também modificadas ou revogadas pela vontade deles. Isso supõe a existência de canais de participação desses cidadãos na adoção de decisões públicas. Mas supõe algo mais: que a mesma organização da comunidade política encontre sua legitimidade e justificação na vontade popular, (CRUZ, 2009, pp. 10-11).

A tônica procedimental da democracia representativa atual, consubstanciada no ato de designação dos representantes, necessita avançar de seu estágio inicial de apenas designação para o de efetiva participação do cidadão no processo decisório do Estado. No entanto, conforme adverte José Afonso da Silva, a democracia representativa não se resume apenas a eleições periódicas, procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais, por meio do voto, mas, também, significa que o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais (SILVA, 2003, p. 98). O povo, pelas eleições, nas democracias representativas⁴⁹, formalmente participa na formação da vontade do governo e adere à política de governo, especialmente se houver crescimento econômico⁵⁰.

A crise do Estado liberal traz como consequência natural a crise da democracia, em especial a representativa. Tal fato resvala na estruturação do poder no Brasil, pois a Constituição Federal estruturou seu exercício com a democracia

⁴⁹ A democracia semidireta é identificada com os processos de intervenção popular: o *referendum* legislativo e o veto popular (CAETANO, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional 2009, p. 371). No entanto, a revolução tecnológica na área de telecomunicações poderá num futuro, quem sabe, criar uma forma mais ágil que permita a consulta e a manifestação do cidadão quanto às questões do Estado.

⁵⁰ As recentes revoltas populares que ocorreram no mundo árabe tiveram, como uma das causas mais relevantes, o declínio econômico em seus países, como na Tunísia, Egito etc.

representativa, em que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nas hipóteses por ela aduzidas (CF, art. 1º, parágrafo único).

O modelo adotado conferiu máxima importância à realização periódica de eleições gerais ou parciais sem levar em consideração outros temas relevantes, como a circulação das elites⁵¹ e a fiscalização do exercício do poder pelo povo (FERREIRA FILHO, A democracia possível, 1972, p. 33).

A junção dos termos Estado + Direito + Democracia poderia induzir na formação e na existência de um Estado voltado para o atendimento e a proteção de seus cidadãos, enxergados individualmente num mundo globalizado, porém, a realidade percebida se afasta desse “ectoplasma”, pois o Estado pós-moderno, em especial o brasileiro, é incapaz de realizar as tarefas e as funções definidas na constituição, numa alusão ao “Leviatã” de Hobbes.

Examinados os pontos decorrentes do Estado e do exercício do direito, por meio da democracia, outro tema que carece de reflexão é a separação de poderes, que também sofre com a crise paradigmática.

1.4 A SEPARAÇÃO DE PODERES: PODER EXECUTIVO, LEGISLATIVO, JUDICIÁRIO E OS NOVOS ATORES (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, MINISTÉRIO PÚBLICO E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO)

A passagem do Estado antigo para o moderno envolveu a divisão do poder, enfeixado anteriormente no monarca, em órgãos distintos e funções específicas. A separação de poderes é um dos paradigmas mais importantes no processo de criação e afirmação do Estado ocidental moderno. Doutrina atrelada às ideias de um nobre francês, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu, sobre “o arranjo institucional inglês, havido na primeira metade do século XVIII”, que serviu de fundamento para o constitucionalismo ocidental, na busca de um modelo

⁵¹ O modo de constituição concerne à formação social da elite. Relaciona-se com a circulação entre as camadas sociais e é função da mobilidade social. Se essa é alta, se a elite socialmente não se estratifica, se permanece aberta ao acesso dos que têm as qualidades necessárias para nela incorporar-se, embora nascidos na ‘massa’, prevalece o que Mosca denominou de tendência democrática (FERREIRA FILHO, 1972, p. 32).

político-jurídico de estrutura do poder contra o absolutismo, na tônica de que “o poder freie o poder” (AMARAL JÚNIOR J. M., 2008, p. 54).

O Baron de la Brète vislumbrou:

em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 2007, pp. 165-166).

O cerne do sistema é o de que cada poder pudesse ser identificado com uma função típica de executar, legislar e julgar, e que no exercício de tais funções, o poder se neutralizasse.

O exame das Constituições Brasileiras demonstra, desde 1824 até a atual, a aceitação da doutrina da separação em três poderes⁵² e com as funções acima declinadas. No entanto, como ressalta José Levi do Amaral Júnior, a importância de Montesquieu não estava na divisão ou na separação de poderes em três, quatro ou mais, mas no controle do poder pelo poder para o exercício da liberdade política. Nas palavras do Barão:

[...] ela só existe neles [Estados moderados] quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. E – quem o diria! – até a própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, na disposição das coisas, o poder contenha o poder (MONTESQUIEU, 2007, pp. 164-165).

Assim, o controle do poder pelo poder e não o seu fracionamento é a contribuição mais relevante do doutrinador francês. Como explica José Levi, o poder de legislar e o de executar “são neutralizados pela comunhão de funções entre eles” pelo exercício das faculdades de estatuir e de impedir, quanto “o poder de julgar é neutralizado em si mesmo, por força de duas características: (1) modo de formar os tribunais; (2) modo de decidir dos juízes” (AMARAL JÚNIOR J. M., 2008, pp. 56, 60-61).

⁵² A Constituição de 1824 estabelecia o Poder Moderador como um quarto poder e enfeixado nas mãos do imperador.

Em outros termos, dentro do legislativo, o bicameralismo, a câmara alta e baixa, exigia a “exata coincidência de vontades” entre as duas casas e o executivo com o veto ou a sanção (AMARAL JÚNIOR J. M., 2008, pp. 60-61). O mais relevante, porém, nesse modelo, é o caráter absoluto da faculdade de impedir. A discordância de uma das Casas do Legislativo ou o veto do Executivo não poderiam ser superados.

Conforme visto, a essência do modelo de Montesquieu de contenção do poder pelo poder, ou a equivalência nas faculdades de estatuir e de impedir, restou há muito superada no arranjo institucional brasileiro com a prevalência da Casa iniciadora do projeto de lei, a iniciativa legislativa do Executivo, a adoção de medidas provisórias pelo Chefe do Executivo, a possibilidade de derrubada do veto pelo Congresso Nacional e a adoção do controle de constitucionalidade difuso⁵³.

Além disso, novos atores ingressaram no cenário e também exercem funções do Estado atribuídas anteriormente aos Poderes clássicos do Executivo, Legislativo e Judiciário. O Ministério Público⁵⁴, com o advento da Constituição de 1988, dotado de prerrogativas e garantias próprias de membros do Poder Judiciário, atua por meio de ações civis públicas na gestão da coisa pública, especialmente quanto às políticas públicas. O Tribunal Superior Eleitoral, pleno da competência de disciplinar as eleições, termina por estabelecer normas jurídicas criando direitos e obrigações fora do rol taxativo do art. 59 da Constituição Federal⁵⁵. Por último, o Tribunal de Contas da União^{56 57 58}, no exercício de sua atribuição, declara a inconstitucionalidade de ato normativo.

⁵³ Pela ordem: Arts. 65, parágrafo único, 61, *caput*, 62 e 97 todos da Constituição Federal.

⁵⁴ Artigos 127 a 130 da Constituição Federal de 1988.

⁵⁵ O TSE, à guisa de responder consultas, formuladas pelos legitimados, produz normas jurídicas primárias que não estão listadas no art. 59 da Constituição Federal de 1988, como ocorreu nos casos do número de vereadores e da fidelidade partidária. Esses temas chegaram ao Supremo Tribunal Federal que referendou as decisões normativas do TSE.

⁵⁶ Artigo 73 da Constituição Federal de 1988.

⁵⁷ Apesar de não integrar o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União, por força de um verbete da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, editada ainda sob a égide da Constituição de 1946, confere competência para apreciar a constitucionalidade de atos normativos do poder público (Súmula 347: o Tribunal de contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público). Ressalte-se que a revogação ou não do verbeo encontra-se pendente de julgamento pelo STF em alguns processos, em especial, nos autos do MS 25888 MC / DF, de 23/03/2006. Ver também MS 26410 MC/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, e MS 25986 ED-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁸ Interessante o artigo de Cláudio Marcelo Spalla Fajardo intitulado: “Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público”, na defesa dessa atribuição funcional. Publicado na Revista do TCU, Ano 39. Número 111. Jan/Abr 2008, p 17-34, Disponível em: <https://acessoseguro.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056836.PDF>. Acesso em: 21/jul/2011.

Assim, as modificações identificadas na ação dos antigos atores, bem como as atuações dos novos permitem concluir que a separação de poderes com base em Montesquieu não atende mais às necessidades da sociedade e do Estado, uma vez que os poderes do Estado brasileiro não se limitam apenas ao executivo, legislativo e judiciário, pois existem outros atores que, apesar de não terem o *status*⁵⁹ de poderes, são também dotados de autonomia funcional, além de forte atuação política.

A clássica separação de poderes independentes e harmônicos entre si⁶⁰ não se encaixa mais na realidade brasileira, especialmente quanto à faculdade de impedir, uma vez que a faculdade de estatuir perdeu a tipicidade necessária para dar coerência ao modelo. As instituições são incapazes de exercer suas funções e prerrogativas em todos os setores e escalões, a república é de “faz de conta”, já que se vive num presidencialismo monárquico, em que o presidente da república tudo pode e está acima do direito e da constituição. Há, ainda, um legislativo que não legisla e um judiciário que não julga. Órgãos com atribuições superpostas manifestam uma voracidade inimaginável, produzem-se leis e normas sem paralelo, mas sem o efetivo cumprimento delas.

Diante desses exemplos, a ineficácia do paradigma em superar suas anomalias, “a ciência normal cede lugar à pesquisa extraordinária” (CARVALHO, 1994, pp. 81-82), que resulta na edificação de um novo paradigma. O paradigma do Estado democrático de direito brasileiro, com a separação de poderes clássica, está em crise⁶¹ e, conseqüentemente, seu ordenamento jurídico, potencializa tais efeitos, quando organizado internamente sob o federalismo.

Este último, também foi importado e implantado canhestamente o que trouxe dificuldades iniciais que se potencializaram com o crescimento do Estado e da sociedade exigindo com isso, uma análise, mesmo breve, de seu histórico e reflexão sobre o curso atual. O tema será objeto de análise a seguir.

⁵⁹ O uso da expressão *status* decorre da adoção da teoria de Montesquieu sem sua atualização para os tempos atuais.

⁶⁰ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (Editora Saraiva 2011, p. 15).

⁶¹ O termo pode soar como expressão de retórica ou mesmo como vontade de fazer diferente, porém, o sentido utilizado é restrito à incapacidade do modelo teórico em resolver os problemas atuais.

1.5 FEDERALISMO, ESTADO FEDERAL E A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Como visto anteriormente, a separação de poderes do Estado brasileiro padece das “anomalias”⁶² anteriormente apresentadas, o que repercute também na federação⁶³ como se verá adiante⁶⁴.

O modelo econômico (liberal, social e neo-liberal) aliado à separação de poderes estabelece os baldrames essenciais do Estado, porém, a organização e a divisão interna do poder entre entes parciais pode trazer mais dificuldades do que esclarecimentos para a organização e o funcionamento político-jurídico do país.

A base teórica do Estado brasileiro resulta da aplicação do modelo liberal, temperado pelas exigências sociais, recrudescido para o neoliberalismo com o advento da globalização. Internamente, prevalece ainda a utilização do modelo de separação de poderes idealizado por Montesquieu, com a repartição de poderes num federalismo de inspiração inicial norte-americana⁶⁵, que reconhece a coexistência de entes e ordens jurídicas parciais num mesmo território, regendo as relações dos mesmos cidadãos ou habitantes.

⁶² Esclareça-se, o uso do termo “anomalias” decorre da dificuldade de o intérprete e ator do sistema normativo brasileiro identificar com segurança e precisão as normas jurídicas vigentes para os problemas recorrentes da sociedade. A proliferação de órgãos com duplicidade de funções e atribuições traz confusão e ineficácia das normas jurídicas. Tem-se a impressão de que o país é de todos e ao mesmo tempo de ninguém, pois as normas que disciplinam a sociedade, o cidadão e o próprio Estado são ineficazes.

⁶³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” da Constituição Federal de 1988 (Editora Saraiva 2011, p. 15).

⁶⁴ A federação brasileira deveria ser identificada como a “União Federalista”, pois a União rompe com o princípio da prevalência do interesse e assume cada vez mais um maior papel na execução de serviços e políticas públicas. Existe até a execução de obras e serviços locais, de competência dos municípios, que são financiados, executados e fiscalizados por órgãos e contratados pela União, como ocorreu na construção de praças e quadras esportivas pelo Ministério da Cultura em municípios, que assumiriam a contrapartida de zelarem pelo conjunto arquitetônico entregue pelo Governo Federal.

⁶⁵ Em 1787, os representantes de treze Estados americanos, reunidos em Filadélfia e movidos pelas preocupações concretas com a realidade dos Estados donde provinham, elaboraram um texto constitucional que consagrava uma forma inteiramente nova de organizar o poder político. A novidade consistiu na partilha do exercício das prerrogativas próprias da soberania. Cada um dos Estados representados delegou poderes ou competências em cuja base criou-se um novo Estado com os elementos seguintes: o território era o resultante da soma dos treze territórios estaduais; a população também era a somatória de todos os cidadãos vinculados a qualquer um dos Estados pré-existentes e a sua organização política foi criada por dita Constituição, prevendo-se um Poder Legislativo, um Executivo e um Judiciário. É interessante anotar que não se tratou de uma mera fusão de Estados, pois cada um deles manteve a sua individualidade, a sua organização e as suas competências próprias. Tais competências eram todas aquelas que não foram delegadas ao poder central.

A superação do Estado centralizador que cede e decai historicamente, “quando as concepções mais democráticas e menos autoritárias do poder, fundadas nos postulados do consentimento de algumas doutrinas contratuais [...]” (BONAVIDES, *Ciência Política*, 1994, p. 150), terminam por separar o Estado da pessoa do soberano. Nessa marcha, a organização do Estado evolui da forma unitária, passando pela confederação e sedimenta-se no federalismo. O federalismo como novo paradigma na organização interna do poder estatal, ocupa-se em organizar e em partilhar esse poder⁶⁶ originário de mando, num dado território, pelos entes que o compõem. A experiência histórica norte-americana representa uma quebra dos modelos estatais experimentados na Europa.

O Estado federal, como conceito ou forma de organização surge em 1787⁶⁷ com a Constituição Americana. A organização do Estado Federal é tarefa de laboriosa engenharia constitucional (HORTA, 1995, p. 346), e suas modificações resultam de experiências passadas. Por isso, é importante divisar que o federalismo surgiu nos Estados Unidos sem um esquema prévio, mas com o escopo de atender às necessidades práticas, por meio de uma fórmula híbrida capaz de compatibilizar a existência de Estados individuais com um poder central dotado de faculdades para bastar-se por si mesmo na esfera de suas funções, tornou, portanto, possível a organização política racional de grandes espaços, debaixo de relações de paridade entre as partes componentes, ao tempo em que foi particularmente próprio para salvaguardar a existência de nações culturais, dentro de uma organização estatal ou nação política (BARACHO J. , 1986, p. 35).

O primeiro estágio desse processo é denominado Federalismo histórico quando os antigos Estados confederados e soberanos abdicaram da soberania individual para criarem uma nova entidade a “União”, e conservarem a sua autonomia. Esse novo ente reservou poderes bastantes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos, criando ainda um órgão em que os Estados compunham a vontade da União, por meio de representantes no Senado (BRANCO, COELHO, & MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2007, p. 753).

⁶⁶ “O poder representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária” (BONAVIDES 1994, p. 106).

⁶⁷ Carlos Maximiliano explica que elaborada uma Constituição, ratificaram-na onze Estados inicialmente em 1788; mais um, Carolina do Norte, em 1789, e por fim, Rhode Island, em 1790 (2005, p. 132).

O Federalismo, tema comum à ciência política e ao direito constitucional, abrange uma pluralidade de aspectos intimamente ligados aos destinos da liberdade e da segurança humana, dentro do contexto contemporâneo, caracterizado pelo lento esforço dos que promovem, tanto quanto possível, uma organização sábia e racional do poder e, ainda mais, ostenta traços tão sedutores para aqueles que se ocupam com a partilha de poder num dado território sobre uma mesma população.

Há, segundo Georges Scelle, citado por Bonavides (1994, p. 181), dois princípios capitais que são a chave de todo o sistema federativo: a lei da participação e a da autonomia. A participação e a autonomia são processos que se inserem na ampla moldura da Federação, envolvidos pelas garantias e pela certeza do ordenamento constitucional superior – a Constituição Federal, cimento de todo o sistema federativo. Tanto a participação como a autonomia existem em função das regras constitucionais supremas, que permitem ver no sistema federativo, como expressou Tocqueville no século XIX, “uma das mais poderosas combinações em favor de prosperidade e da liberdade humana” (2010, p. 138).

Os baldrames do Estado federal assentam-se no direito constitucional, quando o Poder Constituinte soberano dispõe na Constituição Federal os lineamentos básicos da organização federal, traça ali o raio de competências, dá forma às suas instituições e institui órgãos legislativos com competência para elaborar regras jurídicas de amplitude nacional, cujos destinatários diretos e imediatos não são os Estados-membros, mas as pessoas que vivem neles, cidadãos sujeitos à observância tanto das leis específicas dos Estados-membros a que pertencem, como da legislação federal (BONAVIDES, Ciência Política, 1994, p. 182).

A presença do Estado Federal nos demais entes, segundo os termos que faculta a ele a Constituição Federal, ocorre não somente por via legislativa, mas alcança o exercício de atribuições administrativas, que variam segundo o modelo da organização federal, e pelo poder judiciário, com seus tribunais, sobretudo, com uma Corte de justiça federal, de caráter supremo, destinada a dirimir os litígios da Federação com os Estados-membros e desses entre si⁶⁸.

Toda a organização federal possui um lado unitário característico, pois o Estado federal, sede da soberania *summa potestas*, aparece por único sujeito de

⁶⁸ Bonavides destaca esse traço essencial da capacidade de auto-organização do ente parcial do Estado federal.

direito na ordem internacional, e do outro, Estados-membros dotados de autonomia, poder que lhes consente organização própria, “uma vez que o poder de que são titulares é da mesma natureza, da mesma espécie e da mesma substância daquele de que se compõe o poder do Estado federal” (BONAVIDES, *Ciência Política*, 1994, p. 182). A capacidade de auto-organização do Estado federado “decorre de um direito próprio, de uma faculdade autodeterminativa, de uma autonomia constitucional” (BONAVIDES, *Ciência Política*, 1994, p. 106).

A supremacia do Estado federal sobre o Estado federado se manifesta indeclinavelmente, mediante três pontos fundamentais: observância obrigatória de princípios básicos ou mínimos da organização federal pelos Estados-membros; adoção de um sistema de competência pela Constituição Federal, que as reparte no seio da ordem federativa e, por último, a instituição de um tribunal supremo, guardião da Constituição Federal (BONAVIDES, *Ciência Política*, 1994, pp. 184-185).

O advento do federalismo sucedendo o Estado Unitário tem um caráter essencialmente democrático, em face da repartição do poder estatal entre os diversos representantes eleitos nos diversos entes federais com a finalidade de melhor atender aos anseios da população. Tais anseios aumentaram exponencialmente com o incremento das sucessivas “Eras do Direito”⁶⁹, que serviram de mola propulsora da partilha do poder e, simultaneamente, como germe de enfraquecimento do federalismo, diante da incapacidade econômico-financeira dos entes parciais de suprir as crescentes necessidades de seus residentes.

Celso Bastos defende a ideia de que o federalismo, assim como a democracia, não é um esquema jurídico que se transforma em realidade “tão-só pela sua enunciação no Texto Constitucional” [...] “mas um processo que necessita constante aperfeiçoamento e adaptação a novas realidades”, e “serve ao mesmo princípio de que o poder repartido é mais difícil de ser arbitrário” (BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 1992, p. 249).

Existe, porém, um movimento diuturno tendente ao fortalecimento do ente central do Estado em detrimento dos demais. Isso pode ser explicado em face das novas exigências da sociedade em bens e serviços que demandam um aumento das atribuições do poder central em extensão e em profundidade, que passa a tomar a iniciativa, inclusive no campo econômico. Mas há também a exigência de que esse

⁶⁹ O termo identifica a doutrina desenvolvida por Norberto Bobbio sobre os processos de evolução na história dos direitos do homem, conversão em direito positivo, generalização, internacionalização.

fortalecimento seja democrático, com uma permanente atenção à vontade do povo, sem degenerar numa ditadura, pois este é “senhor de seus interesses” (DALLARI, 1995, pp. 251-253).

Como visto, os principais institutos nos quais estão assentados o Estado brasileiro estão em crise e demandam novos conceitos que permitirão adequá-los aos tempos contemporâneos especialmente quanto ao homem como titular de direitos frente ao Estado num mundo globalizado.

No próximo capítulo será examinada a relação entre o Constitucionalismo, temperado com o discurso racional, e o controle de constitucionalidade, importante instrumento para a preservação e evolução do Estado Constitucional pós-contemporâneo²⁸.

CAPÍTULO 2

2 O CONSTITUCIONALISMO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No capítulo anterior foi abordada a crise paradigmática que assola o Estado brasileiro, suas principais estruturas e a conseqüente necessidade de desenvolvimento de uma nova teoria jurídica para explicar seu reflexo no controle de constitucionalidade, pois este realiza uma autêntica coligação entre a constituição e a realidade reverberada da sociedade.

Fruto de lento processo de amadurecimento de catalogação e registro, em diploma escrito, das principais normas de organização e funcionamento do Estado, especialmente aquelas voltadas para a limitação do poder⁷⁰ e o reconhecimento de direitos dos súditos, o constitucionalismo tem por escopo delimitar o poder pelo direito tipificado na constituição, documento escrito que enfeixa todas as normas de organização do Estado.

As declarações de direitos surgidas no bojo da Idade Média são os antecedentes históricos mais próximos desse fenômeno que, apesar de limitadas quanto aos seus destinatários iniciais, tangenciaram a questão referente à limitação do poder do monarca, suserano, rei etc (SILVA, 2003, p. 151)⁷¹.

Como fenômeno histórico, o constitucionalismo se situa no bojo das revoluções liberais que culminaram na suplantação do Antigo Regime do Estado

⁷⁰ Marcelo Caetano esclarece que: "Chama-se *poder* a possibilidade de, eficazmente, impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia. Assim, existe poder sempre que alguém tem a possibilidade de fazer acatar pelos outros a sua própria vontade, afastando qualquer resistência exterior àquilo que quer fazer ou obrigando os outros a fazer o que ele queira. A possibilidade de impor aos outros o respeito da própria conduta traduz a liberdade, num dos sentidos desta palavra. A de traçar a conduta alheia constitui a autoridade. Este conceito de poder tanto compreende o poder de fato, assente na força, como o poder legítimo, que resulta do reconhecimento por aqueles a quem a vontade do sujeito se dirige de que ele atua de acordo com uma lei digna de acatamento geral, isto é, de que ele está no seu direito ao manifestar certa vontade" (CAETANO, Direito Constitucional 1977, p. 17).

⁷¹ Menciona-se, como exemplo histórico mais remoto, o juramento feito pelo Rei Afonso IX, de Leon e Castela de 1188, na Espanha, de sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo etc (SILVA, 2003, p. 151).

absolutista, que enfeixava no rei ou assemelhado todos os poderes, em especial o de administrar e fazer a guerra, dizer a lei e julgar os súditos. A concentração de poderes no *ancien régime* havia sido necessária para a implantação dos Estados nacionais⁷², contudo, com o passar do tempo, o absolutismo real tornou-se um obstáculo para o crescimento da burguesia europeia⁷³.

Inicia-se, assim, um longo processo de despersonalização e a consequente limitação do poder político, antes centrado no monarca, e agora desmembrado em órgãos, colegiados ou não, responsáveis pela edição de atos dotados de imperatividade, em decorrência da transferência do poder ocorrida anteriormente.

A limitação do Poder Político pressupõe o reconhecimento de zonas autônomas da sociedade, pois “o poder político só será legítimo à medida que regule certas e determinadas zonas da vida social, correspondentes às necessidades específicas que levaram os homens a formar sociedades políticas” (CAETANO, Direito Constitucional, 1977, p. 328).

Tal reconhecimento, da coexistência de uma esfera própria da autoridade política ao lado das esferas próprias da liberdade individual, abre espaço para a delimitação do Poder Político pelo direito. Adverte, porém, Marcelo Caetano que

O Direito Político, na verdade, só pode considerar-se existente na ordem positiva desde que os cidadãos tenham direitos a que correspondam deveres da parte do Estado em termos tais que aqueles possam ser exercidos com segurança e estes sejam cumpridos ou observados com regularidade (CAETANO, Direito Constitucional, 1977, p. 328).

Pondera-se, também, que não se pretende examinar e discutir as teorias⁷⁴ e técnicas existentes⁷⁵ e apresentadas pelo autor lusitano⁷⁶ sobre a limitação do poder

⁷² A excessiva fragmentação territorial e política, especialmente na Itália e Alemanha, reflexos históricos da queda do Império Romano do Ocidente e do Feudalismo fomentou as condições necessárias para a atuação de um Poder Político voltado para “instituir, por autoridade própria, órgãos que exerçam o senhorio de certo território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação” (CAETANO, Direito Constitucional 1977, p. 327). Esse exercício do Poder Político foi legítimo à medida que convergia para os interesses da classe econômica emergente. Quando tais interesses assumiram posições antagônicas, iniciou-se a crise e a necessidade de limitar o poder político pelo direito.

⁷³ O exercício do poder absolutista perdeu legitimidade à medida que as condições políticas e financeiras mudaram e com isso exigiram novos parâmetros nesse relacionamento entre o rei e a burguesia ascendente. Como o poder político não mudou, o econômico alterou o político.

⁷⁴ Marcelo Caetano apresenta pela ordem: a teoria da impossibilidade da limitação da soberania, a teoria da identidade do direito e do Estado e a teoria da desnecessidade de limitação jurídica do Poder político (CAETANO, Direito Constitucional 1977, p. 329-335).

⁷⁵ São elas: a) o pacto de sujeição; b) as constituições rígidas; c) as declarações de Direitos; d) a separação de poderes; e) o direito de resistência; f) a democracia (CAETANO, Direito Constitucional 1977, p. 359).

pelo direito. Interessa para o presente estudo apenas a técnica ou o processo das constituições^{77 78} rígidas tangenciadas pela separação de poderes e pela democracia, uma vez que a violação de suas normas tem como sanção a declaração de inconstitucionalidade.

Arelado a esse momento, ganha relevância o reconhecimento da Constituição rígida como documento sintetizador dessa nova forma de Estado centrado no Direito, pois com esse modelo “é possível organizar processos jurídicos tendentes a conter os poderes constituídos dentro dos limites traçados pelo poder constituinte, visto este ser superior àqueles” (CAETANO, Direito Constitucional, 1977, p. 401).

É preciso esclarecer, ainda, que a aceitação da Constituição rígida pressupõe a existência de uma norma fundamental⁷⁹ que fundamenta a validade da

⁷⁶ Elucidativa a lição de Marcelo Caetano que identifica o pacto de sujeição em doutrinas medievais sobre a origem popular do Poder: “Na verdade, desde a Antiguidade que houve a crença de que o poder político residia inicialmente no *populus*, palavra que significa a coletividade organizada, não a massa amorfa dos indivíduos. Por ocasião das lutas entre o Sacerdócio e o Império, essa crença tornou-se mais viva em certos setores favoráveis à independência do poder temporal relativamente ao Papa e originou uma doutrina cheia de interesse que está na origem próxima das idéias que na altura da Reforma os polemistas de um e de outro campo brandiam a defender a autoridade suprema do povo: os calvinistas (já que luteranos e anglicanos propenderam de preferência para o direito divino sobrenatural), a fim de justificar a revolta dos protestantes contra os príncipes católicos, e os jesuítas para demonstrar que os católicos ficavam desobrigados de obedecer aos monarcas protestantes. Na Idade Média, era corrente a idéia de que a fonte do poder temporal estava na vontade do povo. O fundamento jurídico da autoridade política residia num contrato de submissão (*pactum subjectionis*) pelo qual o povo voluntariamente instituíu poder que o regesse. A partir da época dos glosadores, no século XII, tal doutrina era abonada pela célebre passagem do *Corpus Juris Civilis* relativa à *lex regia*, com a qual se pretendia provar que o Império romano tivera uma base contratualista. Esse texto é o seguinte: ‘*quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia quae de império ejus lata est, populus, ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*’ (Dig., liv. I, título IV, 1). O enorme prestígio de que na baixa Idade Média gozava o Direito romano justinianeu fez com que a divulgação do texto segundo o qual era o povo quem, mediante uma lei, conferia o seu poder e autoridade aos governantes exercesse larguíssima influência. Mesmo nos casos em que o governante tivesse obtido o poder mediante conquista ou ato de violência, dizia-se, só o consentimento popular expresso ou tácito podia legimá-lo. Da idéia do *pactum subjectionis* se extraiu também o princípio de que, no caso de vagar a Coroa, pertence ao povo, diretamente ou mediante representantes autorizados, eleger o novo Rei, doutrina essa que as Cortes portuguesas de 1385 invocaram e aplicaram para a investidura e aclamação do Mestre de Aviz” (CAETANO, Direito Constitucional 1977, p. 303-304).

⁷⁷ Constituição rígida “é o conjunto de normas fundamentais que regulam a atribuição e o exercício do Poder político, definindo a competência dos seus órgãos, as funções específicas destes e os direitos dos indivíduos e das sociedades primárias com força obrigatória para todos os poderes constituídos e vinculativa dos seus atos” (CAETANO, Direito Constitucional, 1977, p. 397).

⁷⁸ O conceito de constituição rígida engloba a acepção de constituição jurídica, “simplex estatuto organizatório ou mero instrumento de governo” do Estado, e de “plano normativo global” por abranger também a sociedade (BRANCO, COELHO, & MENDES, 2007, pp. 4-5).

⁷⁹ Esclarece Inocência Mártires Coelho que “essa norma fundamental seria uma *ficção*, um como se; um recurso de que se vale o pensamento quando ele não consegue alcançar o seu objetivo com os elementos disponíveis; um truque da razão jurídica graças ao qual, mesmo sem podermos contar com essa norma como dado de realidade, nós a utilizamos como hipótese instrumental, de natureza lógico-transcendental, para fundamentar não apenas a validade da primeira Constituição, mas

primeira Constituição, e também, a partir dela, a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico.

A violação ou a inobservância de tais normas acarreta a invalidade da norma sucessora, pois a inconstitucionalidade

é, pois, o vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas (CAETANO, Direito Constitucional, 1977, p. 401).

Desse modo, a inconstitucionalidade⁸⁰ decorre não somente de aspectos formais como também daquilo que o órgão dotado de competência pela própria constituição considerar como inconstitucional por interpretação.

Daí decorre a noção de controle de constitucionalidade, no sentido de identificar a “supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis” (*nómoi*) como superiores em relação a outras leis (*pséfisma*), que podem ser denominadas de leis ordinárias, cuja referência histórica primeira vem dos gregos, que as conceberam como intangíveis⁸¹ por legislações posteriores aprovadas pela Assembleia Popular (*Eclésia*) (CAPPELLETTI, 1984, p. 48).

Essa referência histórica tem por mérito destacar a ideia de superioridade de determinadas normas em face de outras, e também de deslocar para além dos norte-americanos a gênese do controle de constitucionalidade, partindo da percepção de primazia de uma lei maior de dada sociedade, a constituição. O mundo antigo contribuiu, assim, para a ciência política com a ideia de hierarquia entre normas, porém, os gregos foram incapazes de formular uma teoria jurídica acerca da lei fundamental (RAMOS P. B., 2000, p. 20).

Os norte-americanos, nesse contexto, com o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, resgataram as noções gregas de supremacia de uma lei superior (Constituição) em relação às leis ordinárias, e acrescentaram o esboço do

também, a partir desta, a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, normas que, de resto, entrelaçam-se precisamente pelo conceito de *validade*, formal e derivativa, que cada uma recebe da que lhe é superior” (MENDES, COELHO e BRANCO 2007, p. 2).

⁸⁰ Marcello Caetano esclarece que: “Esse vício deve acarretar a nulidade ou a ineficácia da lei. No primeiro caso a lei inconstitucional é declarada como não existente logo que o órgão competente verifique o seu defeito. No segundo caso, os órgãos de aplicação não a aplicam aos casos concretos que forem surgindo e que de outro modo por ela seriam regulados” (CAETANO, Direito Constitucional 1977, p. 401-402).

⁸¹ A intangibilidade decorria de um procedimento especial de revisão das leis (*nómoi*) extremamente complexo, que impunha “responsabilidades gravíssimas para quem propunha uma alteração que não fosse, no final, aprovada ou que, ainda que aprovada, se mostrasse, depois, inoportuna” (CAPPELLETTI 1984, p. 49).

poder e do dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Isso resultou no “arquétipo” das Constituições rígidas “que não podem ser mudadas ou derogadas por meio de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas por meio de procedimentos especiais de revisão constitucional” (CAPPELLETTI, 1984, pp. 46-47).

O controle de constitucionalidade, dessa forma, nasceu como corolário do anterior processo de constitucionalização estatal e, da noção de hierarquia entre normas. Por conseguinte, o controle de constitucionalidade pode ser apontado como um dos maiores avanços no ocidente na engenharia jurídica dos Estados modernos, pois, a adoção de diplomas normativos de hierarquia superior carecia de um sistema de preservação dessa normatividade de nível mais alto da Constituição frente às demais leis desse mesmo Estado. O “defeito” dos gregos foi suprido pela genialidade americana.

Tal sistema de controle denota a necessidade premente de assegurar a higidez e a permanência da Constituição como expressão da organização estatal, preservando a estrutura normativo-política declinada em seu texto de alterações posteriores, promovidas pelo Poder Legislativo, funcionalmente responsável pela edição do direito novo⁸² que, por razões óbvias, não poderia inovar a ordem jurídica e, concomitantemente, julgar tais modificações à luz da hierarquia constitucional.

Conciliar esses dois institutos: o Constitucionalismo e o Controle de Constitucionalidade demanda, ainda, a mudança no papel reservado ao Poder Judiciário. Inicialmente, o Poder Judiciário, no arquétipo do Estado Liberal, voltava-se para a aplicação da lei ao caso concreto, já que se exigia dele um não agir, em prol da liberdade do indivíduo, uma vez que a lei era entendida como vontade geral, “cristalizada pelo Legislativo e, assim, imune a outras fiscalizações (França)” (DUTRA, 2005, p. 37). A lei teria, ainda, a pretensão de ser exauriente e de abarcar com os Códigos todas as situações da vida. O Poder Judiciário descola-se então de mero intérprete do direito posto para atuar na resolução dos conflitos sociais, além de guardião da constituição. Ou seja, o Poder Judiciário rompe com o paradigma da separação de poderes de Montesquieu que era auto-neutralizante de simples “Boca da Lei”^{83 84}.

⁸² Expressão que denota a edição de leis.

⁸³ Na precisa explicação de José Levi: “Na lógica de *O espírito das leis*, o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença do julgador já está na lei. O poder de julgar

A ideia de controle de constitucionalidade está associada não só à higidez do modelo, mas também à competência atribuída a um órgão especialmente designado para tal fim, que pode ser feita por um órgão político ou por um órgão jurisdicional, que “em qualquer dos casos pode a fiscalização ser confiada a um órgão comum ou a um órgão especial” (CAETANO, Direito Constitucional, 1977, p. 403).

O controle de constitucionalidade volta-se, portanto, para o aprimoramento e a consolidação do próprio constitucionalismo com a preservação de sua estrutura funcional. Segado ressalta não só a importância do instituto para direito constitucional ocidental⁸⁵, como também, do contexto histórico social⁸⁶ europeu e americano na evolução dos sistemas de controle de constitucionalidade em seus respectivos territórios (2009, pp. 53-54).

A seguir, será examinado o controle difuso de constitucionalidade em razão de ter sido o primeiro a ser implantado e ser com isso a base do sistema.

2.1 O CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO

O Constitucionalismo, como movimento político-jurídico, traz em si a ideia de limitar o poder estatal em um documento escrito ao qual estejam sujeitos não só o

limita-se a realizá-la em concreto. Montesquieu objetiva, com isso, garantir segurança jurídica, porque, do contrário, ‘viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos’ (AMARAL JÚNIOR 2008, p. 57).

⁸⁴ Francisco Segado explica que “o liberalismo e o constitucionalismo primitivo – argumentaria Otto Bachof que a finalidade, em seu famoso discurso de reitor – tinham uma grande fé na lei; não desconfiavam do legislador senão, como havia dito Montesquieu, do juiz, consequência de sua posição de servidor do príncipe no Estado absolutista” (tradução livre do Autor). Eis o texto original: “El liberalismo y el constitucionalismo primitivo – argumentaría al efecto Otto Bachof en su celeberrimo discurso rectoral – tenían una gran fe en la ley; no desconfiaban del legislador sino, como ya dijo Montesquieu, del juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto” (SEGADO 2009, p. 55).

⁸⁵ “Em nossos dias, podemos afirmar de modo inequívoco que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se converteu, como disse Béguin, ‘uma peça clássica do arsenal constitucional’” (tradução livre do Autor. “En nuestros días, pude afirmarse de modo inequívoco que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se ha convertido, como dice Béguin, en <<une pièce classique de l’arsenal constitutionnel>>” (SEGADO 2009, p. 53).

⁸⁶ “Deteniéndose en un análisis más concreto acerca de esa disparidad de condiciones sociales, nos recuerda Dietze cómo en América el Parlamento inglés aparecía como *the great oppressor*, siguiéndole en tal papel el Rey y su Gobierno. Por el contrario, a los Tribunales correspondía *the role of the liberator*. En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de las Legislaturas, de los Parlamentos, en cuanto órganos representativos del pueblo” (SEGADO 2009, p. 54).

cidadão como também todos aqueles instituídos em órgãos e funções públicas, dotadas de autoridade estabelecida na própria constituição.

Como exemplo histórico mais eloquente, no direito ocidental, desse processo de afirmação do constitucionalismo, pode-se destacar a Carta Magna de 1215⁸⁷ que, apesar de restrita em seus destinatários e dos retrocessos em sua adoção e sua autoridade⁸⁸, procedeu à jornada de afirmação em documento escrito, solene e formal da delimitação dos poderes do Estado.

O reconhecimento do primado da Constituição no Estado de Direito pressupõe a busca político-jurídica de garantias de que suas regras serão observadas pelos órgãos do Estado que a ele estão diretamente subordinados como o parlamento, o governo e o próprio judiciário, e ainda a discussão doutrinária acerca de quem deveria agir para salvaguardar a Constituição em momentos de crise (KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, 2007, pp. 239-240). Sem aprofundar no prestigioso tema, é relevante destacar que a adoção da Constituição como fundamento do Estado, seja qual for a matriz econômica liberal, social, sócio-liberal ou neo-liberal, carece da identificação de um órgão ou de um sistema capaz de preservar-lhe a higidez das relações jurídicas que regem o Estado e seus cidadãos.

A derrocada, relatada historicamente, do Chefe do Executivo e do Parlamento do papel de guardião da Constituição trouxe ao Poder Judiciário essa importante missão, contudo, diversamente dos predecessores, a eleição não faz parte de seus procedimentos. Dessa forma, a legitimidade funcional tem como base, segundo a doutrina, a racionalidade das decisões proferidas de acordo com os ditames estabelecidos na própria Constituição.

⁸⁷ "Redigida em latim bárbaro, a *Magna Carta libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino" (COMPARATO 2003, p. 69).

⁸⁸ Como observa Fábio Konder Comparato, a Magna Carta trazia em si uma contradição, pois num primeiro momento, contribuiu para reforçar o regime feudal, porém, trazia o germe de destruição do regime, a longo prazo. "O sentido inovador do documento constitui, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificado por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados" (2003, p. 77-78). Como fato pitoresco registra-se, ainda, que "João Sem-Terra, [...], imediatamente após tê-lo assinado (Carta Magna), recorreu ao Papa, [...], e Inocêncio III declarou o documento nulo, pelo fato de ter sido obtido mediante coação e sem o devido consentimento pontifício. O que não impediu que essa promessa real fosse reafirmada (e ignorada) várias vezes pelos monarcas subsequentes" (2003, p. 72).

Como exemplo dessa legitimação racional, vislumbrada pela doutrina, pode-se apontar a obra “Constitucionalismo Discursivo”, de Robert Alexy que defende por meio da tese da institucionalização da razão: a união entre direito e moral sob a perspectiva de que o produto dessa junção é uma pretensão de correção (ALEXY, 2008, p. 9). Uma vez que

O estado constitucional democrático deixa fundamentar-se não só com auxílio da teoria do discurso, ele próprio é, também, dependente de discursos como meio da formação da vontade racional em todos os planos. Ele fundamenta-se, por conseguinte, não só teoricamente sobre discursos, mas vive também praticamente por eles (ALEXY, 2008, p. 10).

Em outros termos, o Constitucionalismo atual necessita adotar um discurso racional como requisito essencial para sua aceitação, pois, se de um lado a sociedade é cada vez mais complexa, pluralista e paradoxal, de outro, o indivíduo real, com suas aspirações, direitos e liberdades também reclama a ampliação de seus direitos numa escala cada vez maior. Tal situação gera conflitos que serão solvidos com base em normas e princípios constitucionais, cujas soluções para serem aceitas deverão ser racionais e justas.

Corolário de tal situação é o aumento dos conflitos sociais, que no sistema atual, deverão ser solvidos pelos órgãos do Estado por meio do processo. No entanto, a crise paradigmática também atingiu esse instituto que carece de maiores reflexões quanto ao caminho que deverá percorrer para corresponder à expectativa da sociedade em torno da atuação do Poder Judiciário.

Dentro desse contexto, o trabalho abordará os instrumentos disponibilizados para a provocação do Poder Judiciário com ênfase na Jurisdição Constitucional.

2.2 BREVE HISTÓRICO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A concepção de controle de constitucionalidade, realizado pelo Poder Judiciário, surgiu nos Estados Unidos da América e ganhou projeção mundial após o

famoso precedente judicial de *Marbury v. Madison*, de 1803, o mérito da causa – nomeação de um juiz de paz para o Distrito de Colúmbia⁸⁹.

O exame do emblemático caso, pela ótica da efetividade da decisão para o autor da demanda, revela que ele não obteve o direito almejado, sua nomeação como juiz de paz, porém, do julgamento emergiu a ideia de sindicabilidade da lei em face da Constituição pelo Judiciário.

No processo em apreço, a discussão centrou-se na possibilidade ou não de o *Judiciary Act*, de 1789, estabelecer a competência da Suprema Corte para apreciar *writ* contra ato do Poder Executivo, sendo que tal competência não era expressa no texto da Constituição americana⁹⁰. Ao final, tal competência restou afastada e suas razões sobrepujaram o caso concreto para se espriarem por todo o sistema interno daquele país e também influenciar outros Estados, como o Brasil⁹¹, pois se reconheceu que qualquer órgão jurisdicional poderia fiscalizar a compatibilidade das leis com a constituição⁹².

⁸⁹ Na sessão de fevereiro de 1803, William Marbury, por seu advogado, requereu ao Supremo Tribunal a notificação de James Madison, Secretário de Estado dos Estados Unidos, para embargar a expedição de um *mandamus* em que o Tribunal lhe ordenaria entregar ao dito Marbury a sua comissão de juiz de paz para o Distrito da Colúmbia. Em confirmação desse requerimento, mostravam-se certificados em que John Adams, último Presidente dos Estados Unidos, propusera Marbury ao Senado para ser nomeado juiz de paz daquele Distrito; que o Senado aprovara tal nomeação; que em consequência disso, a comissão fora lavrada, subscrita pelo presidente e selada com o selo dos Estados Unidos; mas que o Sr. Madison não quisera entregá-la, a despeito de já estar assim subscrita e selada. (A comissão não tinha ainda sido entregue quando Thomaz Jefferson sucedeu ao sr. Adams na cadeira presidencial. O sr. Jefferson julgou que a nomeação era incompleta até o ato da entrega da comissão e ordenou ao seu Secretário de Estado que não a entregasse. *Correspondência de Jefferson*, vol. IV, pag. 372, 2ª edição). A notificação fora deferida e feita; Madison, porém, não ofereceu defesa alguma. Um *mandamus* fora então requerido. (MARSHALL 1997, p. 1-2). [...] Assim a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escriptas, segundo o qual é nulla qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunales, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento. (como original) (MARSHALL 1997, p. 29).

⁹⁰ Barbosa Moreira (2005, p. 562) registra que “acoimou-se de inconstitucional” a atribuição de competência para a Suprema Corte feita por lei ordinária *Judiciary Act* de 1789 de revisar decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição norte-americana, dos tratados e das leis da União; “mas a Corte, através de duas decisões famosas, nos casos *Martin v. Hunter's Lessee* e *Cohens v. Virginia*, deu por válida a norma”.

⁹¹ Precisa e conclusiva a síntese de Dutra (2005, p. 8), na decisão de Marshall “enfatizou-se o fato de que a Constituição é a lei suprema da terra, e que a Suprema Corte é o árbitro e autoridade final da Constituição”.

⁹² Osvaldo Trigueiro anota que “O controle de constitucionalidade, paradoxalmente, tornou-se mais importante no Brasil do que nos Estados Unidos. Aliás, a *judicial review* está envolvida, na literatura política, por uma aura mitológica que lhe deforma a realidade histórica. Porque, na verdade, ela nem foi uma invenção de John Marshall nem uma criação da Suprema Corte. Quinze anos antes do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, escrevia Alexandre Hamilton em um dos artigos de *Federalista*⁹². [...] Em 1780, a Justiça do Estado de Nova Jérsei invalidara uma lei, por entender que ela contrariava a Constituição do Estado. Em 1782, os juízes de Virgínia já se julgavam competentes para pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do

No entanto, além da famosa decisão, outros fatos relevantes também contribuíram para o surgimento da doutrina do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, sem olvidar da importante engenharia jurídica engendrada por Marshall, arguto e criativo do *chief justice* da época⁹³.

A tese da *judicial review* sufragou os estreitos limites do caso julgado que resultou na denegação de um direito em face de argumentos meramente formais.

Se a história auxilia na identificação dos fatores internos relevantes para o controle de constitucionalidade judicial, a análise crítica do precedente⁹⁴, por seu turno, ajuda na delimitação do significado e da repercussão em nosso sistema de controle de constitucionalidade⁹⁵.

Norte, no caso *Bayard v. Singleton*, invalidou lei da Assembléia por colidente com a Constituição do Estado e com os Artigos da Confederação. O princípio, entretanto, não estava consagrado no texto da Constituição e era naturalmente polêmico. Aceito pela corrente política que reivindicava o predomínio do poder federal, era veemente repellido pelos adeptos da soberania dos Estados” (TRIGUEIRO, Direito constitucional estadual, 1980, pp. 13-14).

⁹³ Trigueiro destaca que “A decisão da causa merece ser apreciada [...] pela sutileza da argumentação e por suas consequências no desenvolvimento do constitucionalismo americano. Ele declarava que *Marbury* tinha direito ao cargo e que, com a sua recusa, o Governo contrariava a lei. Mas o que se postulava era um *mandamus*, amparado na lei que criara o cargo e dava poderes originários à Suprema Corte para ordenar a providência impetrada. Nesse ponto a lei era inconstitucional, uma vez que a competência originária da Corte fora fixada pela Constituição e somente por esta podia ser ampliada. O *mandamus* foi, assim, denegado pela preliminar da incompetência. Mas a decisão consagrou o controle judicial da constitucionalidade das leis. Jefferson e seus partidários repeliram radicalmente a doutrina, mas não tiveram como impugnar um julgado que, afinal, mantivera o ato do governo” (TRIGUEIRO, Direito constitucional estadual, 1980, p. 14).

⁹⁴ Bruce Ackerman escreveu artigo em que aponta para outros aspectos não analisados pela doutrina norte-americana em especial outro caso julgado pela Suprema Corte sobre o assunto que permitiu a atuação de Marshall, apesar do impedimento para apreciar e julgar o famoso precedente (ACKERMAN 2006).

⁹⁵ Para Marcelo Casseb Continentino, “Na essência, a controvérsia reside em determinar se se cuida de uma decisão que inaugurou a tradição de uma prática judicial assentada na supremacia do Poder Judiciário, a qual pode ser resumida na célebre passagem do *chief justice* CHARLES EVANS HUGHES, intencionalmente transcrita no idioma original: “*We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is...*”. Ou, ao revés, se se trata de caso em que se estabeleceu ser a interpretação constitucional atribuição do Poder Judiciário; porém, a interpretação judicial não se sobrepõe às demais leituras constitucionais realizadas noutros Poderes (Executivo e, em especial, Legislativo), nem as exclui. Em resumo, o cerne da questão consiste em definir a quem pertenceria a atribuição de dar a *última palavra*, em matéria constitucional. [...] Inquestionável, então, como observa MARK TUSHNET, haver ao menos duas leituras possíveis de *MARBURY vs. MADISON*, com base nas quais se chega a conclusões opostas. A primeira delas – a que se refere tão-somente à efetiva tarefa da Suprema Corte (interpretar a lei, concluindo por sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, reconhecendo a supremacia da Constituição), independentemente de sua correlação com os outros dois Poderes – deve ser mantida a fim de preservar a supremacia constitucional. A segunda leitura, entretanto, além de reafirmar a supremacia da Constituição, estabelece a da Suprema Corte. Ou seja, a interpretação constitucional da Suprema Corte faz-se excludente e prevalecente sobre qualquer outra, manejada pelos demais Poderes, porque interpretar normas constitui atribuição própria do Judiciário. Esse entendimento, todavia, conduz à idéia “antidemocrática” de interpretação constitucional, em razão de que tem o efeito prático de concentrá-la sobremodo no Poder Judiciário, especialmente no tribunal constitucional, e de subestimar as interpretações dos demais atores sociais” (CONTINENTINO, 2006, pp. 153-157).

Decorre do exposto que, Marshall defende em última *ratio* a competência da Suprema Corte de ser o intérprete e guardião da Constituição. O que remonta ao célebre debate doutrinário, protagonizado por doutrinadores alemães, sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição⁹⁶.

Apresentada a *Judicial review* e seus elementos principais, convém retormar o controle de constitucionalidade brasileiro que era realizado pelo Imperador, por meio do Poder Moderador, e por simples ato normativo de vontade do legislador revolucionário republicano transferiu tal competência para o Supremo Tribunal Federal, que em nada se assemelhava à sua congênere do norte, exceto por ser órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A seguir, será examinado o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, seu histórico, evolução e situação atual.

2.3 O MODELO JUDICIAL BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, SUA ORIGEM E SUA CONSOLIDAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sistema difuso de controle de constitucionalidade brasileiro, que também nasceu juntamente com a República⁹⁷, instituído pelo artigo 58, inciso III, alínea “b” do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890⁹⁸, fixou a competência do Supremo Tribunal Federal de rever os processos findos “quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados”⁹⁹.

O Decreto nº 848, de 11/10/1890^{100 101}, que organizou a Justiça Federal, reforçou a ideia ao instituir recurso para o Supremo das sentenças definitivas

⁹⁶ Hans Kelsen e Carl Schmit.

⁹⁷ Assim como outras instituições brasileiras, v.g. a República, a adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade resultou da atuação pessoal de Rui Barbosa e não de um processo social histórico-evolutivo.

⁹⁸ Constituição Provisória da República.

⁹⁹ Disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s. Acesso em: 7/jun./2011.

¹⁰⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm. Acesso em: 7/jun./2011.

¹⁰¹ Revogado pelo artigo 4º do Decreto n. 11, de 18 de janeiro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0011impressao.htm#download. Acesso em: 7/jun./2011.

proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja contrária à Constituição ou ainda em face de interpretação (art. 9º, parágrafo único, alíneas “b” e “c”)¹⁰².

A primeira constituição da República acrescentou a possibilidade de recurso para o STF “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, § 1º, alínea “a”). Essa concepção diferia totalmente da anterior competência instituída pela Constituição de 1824 acerca do Supremo Tribunal de Justiça de “conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a Lei determinar”¹⁰³.

A adoção do controle de constitucionalidade judicial, assim como a implantação do federalismo¹⁰⁴ e da república são atribuídas ao gênio criativo de Rui Barbosa, que inspirado na experiência constitucional norte-americana transplantou seus regimes jurídicos para o Brasil. Tal como ocorreu com os demais institutos (federalismo e república), o *judicial review* não foi assimilado imediatamente nem pelos operadores do direito, nem pelo próprio Supremo Tribunal, por ter surgido aleatoriamente descolado de um processo tendente à implantação da supremacia da constituição e da sociedade. As lições doutrinárias posteriores de Rui agregada aos novos preceitos legais como o art. 13, § 10 da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, ajudariam na consolidação do sistema judicial de controle de constitucionalidade (BARBI, 1967), cariz de maturação social.

O modelo de controle de constitucionalidade pelo sistema difuso recém nascido era totalmente desconhecido dos principais atores jurídicos brasileiros na especificação de seus limites. Tal fato acentuou ainda mais o descompasso entre a realidade e a novidade criada, potencializou problemas e incompatibilidades que foram replicadas pelo sistema¹⁰⁵.

¹⁰² Art. 9º Compete ao Tribunal:

Paraphographo unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

¹⁰³ Artigos 163 e 164, inciso I da Constituição de 1824.

¹⁰⁴ Acerca do federalismo, ver capítulo 1 do presente trabalho.

¹⁰⁵ Oliveira Vianna, citado por Diego Rafael Ambrosini e Gabriela Nunes Ferreira, destacava o descompasso entre o “país real” e “as fórmulas políticas adotadas desde a Independência, emprestadas de países estrangeiros” (p. 271).

Paola D'Andretta Iglézias (2010, pp. 267-268) destaca ainda que

os anais da Constituinte [de 1891]¹⁰⁶ mostram com nitidez que o STF não era percebido pelos congressistas como guardião da Constituição enquanto catálogo de direitos individuais e políticos, e sim como uma espécie de garante do pacto federativo. Tal impressão é confirmada pelo fato de os congressistas não terem se engajado em discussões acerca do controle judicial de constitucionalidade das leis, bem como pela incompreensão que, por longo tempo, rondou o recurso extraordinário. A propósito, é interessante notar que, nos termos do art. 35, 1º, a atribuição de velar pela guarda da Constituição e das leis pertencia ao Congresso, ainda que não privativamente.

Ovídio Baptista aponta, por último, que a diferença entre a predominância absoluta do direito federal sobre os direitos locais no sistema jurídico brasileiro, em oposição, ao que acontece nos Estados Unidos da América¹⁰⁷.

Esses fatos demonstram o descompasso entre a realidade e os institutos recém criados na República. Em outro fórum cultural o alijamento da população em relação aos acontecimentos políticos foi registrado, na genialidade de Machado de Assis (1997, pp. 144-146) em "Esaú e Jacó", quando relata, com o humor refinado que o caracteriza, o total alheamento do cidadão comum com o advento do novo regime político¹⁰⁸.

A segunda Constituição republicana de 1934 é extremamente relevante na conformação do controle de constitucionalidade, pois dotou o modelo difuso com as feições principais que permaneceram até os dias de hoje com a instituição: i) da cláusula de reserva de plenário, ii) do quórum qualificado na assentada de julgamento dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público¹⁰⁹, e, iii) da incumbência do Senado Federal dotar a decisão do Poder Judiciário¹¹⁰ de eficácia *erga omnes*¹¹¹.

Em termos de perenidade constitucional, a estrutura básica do modelo difuso permaneceu a mesma, desde a primeira constituição republicana até a Constituição Federal de 1988, uma vez que todo juiz brasileiro tinha e tem competência para

¹⁰⁶ Constituição de 1891.

¹⁰⁷ (DA SILVA O. B., 1991, p. 389).

¹⁰⁸ O movimento revolucionário que implantou a república surpreendeu o dono de um estabelecimento comercial famoso da época que usava a denominação "Confeitaria do Império", e os novos tempos exigiam uma adequação para "Confeitaria da República", segundo o conselho do personagem Aires.

¹⁰⁹ Art. 179 da Constituição de 1934 (POLETTI 2001, p. 178).

¹¹⁰ A Carta de 1946 - art. 64 - modificou a hipótese de suspensão pelo Senado Federal no caso de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹¹¹ Art. 91, inciso IV da Constituição de 1934 (POLETTI 2001, p. 149).

apreciar, no caso concreto, a compatibilidade entre a lei ou ato normativo com a Constituição Federal, então vigente¹¹².

No entanto, as modificações mais relevantes no modelo difuso ocorreram após 1988, em face de sucessivas normas constitucionais e infra-constitucionais que indicam para a objetivação do modelo, o que seria uma autêntica quebra de paradigma. As alterações propaladas serão objeto de estudo mais abalizado a seguir.

2.4 O ATUAL MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade tem como característica essencial o reconhecimento da controvérsia constitucional como questão prejudicial à decisão do órgão do Poder Judiciário sobre a pretensão deduzida no processo. Uma vez que a incidência da norma legal viciada repercute sobre a existência ou a inexistência da relação jurídica levada a conhecimento do juiz. Reconhecida pelo órgão judicial, a compatibilidade ou a incompatibilidade da norma legal que fundamenta a relação jurídica controvertida com a Constituição Federal, essa questão prejudicial repercutirá na decisão sobre o pedido deduzido pelo autor.

Outra característica essencial do sistema é sua vascularidade ou amplitude, pois todo órgão judicial, singular ou não, tem a competência para verificar, no caso concreto, a compatibilidade da lei com a Constituição Federal, sendo que nos tribunais exige-se a observância da cláusula de reserva de plenário instituída pela Constituição de 1934, como abordado anteriormente.

O país é dotado atualmente de um dos mais completos e complexos modelos de controle de constitucionalidade, especialmente diante das competências expressamente deferidas pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal e daquelas decorrentes de interpretações da Corte no sentido de ampliar ainda mais sua atuação.

¹¹² Interessante notar que o sistema brasileiro sempre admitiu o exame da questão constitucional à luz da constituição então vigente, e não apenas com a constituição atual.

As alterações mais profundas no modelo difuso decorreram basicamente de duas fontes: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os sucessivos atos normativos dispendo sobre a declaração de inconstitucionalidade e o recurso extraordinário.

A Corte Suprema inaugurou o debate e promoveu várias modificações no tratamento do controle de constitucionalidade no modelo difuso antes mesmo de qualquer alteração legislativa:

- i. Efeito vinculante *interna corpori* – decidido o incidente pelo órgão Especial ou pelo Plenário, ficarão os órgãos fracionários dispensados de submeter tal controvérsia a novo exame,
- ii. Emissão de juízo prévio quanto à validade da norma em processo originário, ainda que ela se mostre dispensável à solução da controvérsia (STF, MS 20.505/DF, Rel. Min. Marco Aurélio)
- iii. *Causa petendi* aberta – possibilidade de conhecer o RE sem vincular-se à fundamentação do caso específico. Permite o exame do mérito do recurso, provendo-o ou não, tendo como parâmetro toda a constituição: RE 298.694, 172.058, 416.827, 388.830.
- iv. Exame da constitucionalidade de outras normas, ainda que não interessasse ao recorrente: RE 102.553/DF e AgRgSE 5206.
- v. Decisão dotada de efeito pro futuro: RE 197.917 e HC 82.959.

As alterações legislativas iniciaram-se com a adoção do incidente de controle de constitucionalidade, estabelecido no Código de Processo Civil de 1973 – art. 480 a 482, uma vez que o Código de 1939 não dispunha sobre o tema. Arguida a inconstitucionalidade¹¹³ de lei ou de ato normativo do poder público¹¹⁴, o órgão fracionário do tribunal (turma ou câmara) decidirá e se aceitar o incidente, lavrará o acórdão, e submeterá a questão ao tribunal pleno que apreciará a questão e poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo por maioria absoluta de seus membros. Decidida a questão, os autos retornam ao órgão fracionário que prosseguirá com o julgamento da causa.

¹¹³ O parâmetro de controle pode ser a Constituição Federal ou a Estadual e a Lei Orgânica do Distrito Federal. A Lei Orgânica do município não é parâmetro de controle, pois a eventual incompatibilidade entre a lei municipal e a Lei Orgânica municipal se resolve pelo instituto da revogação ou interpretação.

¹¹⁴ A origem pode ser federal, estadual ou municipal.

A Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, acrescentou o parágrafo único ao art. 481 do CPC para dispensar os órgãos fracionários de submeterem a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento do plenário ou do órgão especial de seus tribunais ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Tal inovação legislativa foi precedida de decisão da matéria pelo tribunal.

A Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, deu novos contornos ao incidente de inconstitucionalidade ao permitir a manifestação do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, pelos titulares do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade referidos no art. 103 da Constituição Federal, além de outros órgãos ou entidades admitidos pelo relator, por despacho irrecorrível.

Significa dizer que o controle difuso de inconstitucionalidade, diante das alterações promovidas pela jurisdição constitucional e pela via legislativa, aproximou-se, em termos procedimentais da via direta.

O controle de constitucionalidade brasileiro, contudo, não é restrito ao direito federal porque está ligado ao modelo de organização do Estado em federação, com os entes parciais dotados de autonomia para editar direito próprio e inovar na ordem jurídica. Tal aspecto será abordado em seguida.

2.5 A LEGISLAÇÃO ESTADUAL E MUNICIPAL E SEU CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O advento da República trouxe inúmeras reformulações para o Estado e o direito brasileiro, pois “além do sistema de governo republicano, é adotado no Brasil o regime presidencialista; o legislativo bicameral, sendo o Senado composto de representantes dos Estados; e a forma federativa de Estado” (DUTRA, 2005, p. 38), sem esquecer a Justiça dual federal e dos estados e o sistema difuso de controle de constitucionalidade de leis.

A adoção do federalismo na República, repartição geográfica do poder entre entes dotados de autonomia¹¹⁵, auto-organização e autogoverno, estabelecida na

¹¹⁵ Autonomia é a “capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e

Carta de 1891 substituindo o antigo Estado unitário do império, ensejou a criação de um Poder Judiciário nacional com atribuições adequadas para syndicar as relações entre tais entes federados. A autonomia do Estado-membro é uma das características que o difere do Estado Unitário, pois aquele “é dotado de um direito próprio para estabelecer regras obrigatórias e isto não como delegação do poder central, mas em virtude de uma disposição constitucional” (FERRARI, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 1992, p. 170), o que permitirá ao ente parcial a defesa dessa autonomia frente ao ente central.

O Poder Judiciário foi dotado de competência para examinar, à luz do caso concreto, a compatibilidade do direito estadual com a Constituição Federal, pois esse encontra seu fundamento de validade último também na Carta Política do Estado.

O estudo do controle de constitucionalidade das legislações estadual e municipal implica o exame prévio da capacidade do ente parcial, no federalismo, de se auto-organizar por meio de legislação própria. “A autonomia do Estado-Membro pressupõe repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa” (HORTA, 1995, p. 363). Uma vez que o desenho da repartição de competências entre o governo central e os governos estaduais definida na constituição definirá o conteúdo da atividade autonômica (HORTA, 1995, pp. 363-364).

Sem adentrar nas diversas técnicas da repartição de competências^{116 117}, entre o ente central e os parciais, o importante é delimitar que a constituição deverá traçar o esquema de distribuição de competência que melhor atenda a determinada realidade federativa.

A primeira técnica é a repartição vertical de competências

autoadministração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União” (ALMEIDA 2005, p. 25).

¹¹⁶ A primeira técnica da distribuição horizontal de competências, denominada de clássica, entre o governo central e os governos estaduais, consagrou a técnica dos poderes enumerados da União e dos poderes reservados dos Estados. Essa técnica atendeu à exigência do compromisso político, necessário ao estabelecimento da nova forma de Estado norte-americano. Nessa técnica, as competências fundamentais e dos interesses comuns do Estado Nacional, matéria considerada de importância primária para o País, no seu conjunto, é atribuída ao Governo nacional, como se percebe com as relações exteriores, a defesa e a segurança nacional, o comércio exterior e a política monetária. As funções de interesse predominantemente local, como educação, saúde e ordem pública, são confiadas ao Governo estadual (HORTA 1995, p. 364-365).

¹¹⁷ Fernanda de Almeida discorre sobre outras alternativas à técnica de repartição de competência clássica, combinando competências enumeradas, remanescentes e concorrentes no item 4.2. de sua obra (ALMEIDA 2005, p. 49-55).

que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-Membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da *legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais*, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais (HORTA, 1995, p. 366).

A concepção de condomínio legislativo entre o ente central e os parciais destaca-se nessa técnica, pois a União definiria as diretrizes maiores e os Estados atuariam suplementarmente de acordo com suas especificidades locais.

A distribuição horizontal de competências destaca a enumeração dos poderes da União e dos poderes enumerados dos Estados. As competências fundamentais e de interesse comum do Estado Nacional são atribuídas ao Governo nacional como ocorre com as relações exteriores, a defesa nacional e a segurança, o comércio exterior e a política monetária. As demais funções de interesse local como saúde, educação e ordem pública são atribuídas ao Governo Estadual (HORTA, 1995, pp. 364-365).

Assim, a constitucionalidade da lei estadual frente à Constituição decorre, num primeiro momento, da exata observância desses dois critérios ou técnicas de repartição de competência pelo ente parcial na edição de sua legislação: a vertical e a horizontal.

O controle de constitucionalidade da legislação estadual, em face da Constituição Federal, envolve o exame da “repartição de competências [e] destaca a natureza complexa do Estado Federal e a primazia da Constituição Federal, que é o foco irradiador das competências” (HORTA, 1995, p. 372).

Em outros termos, se a autonomia do Estado-membro, que o autoriza a editar sua legislação sob o desenho da repartição de competências, estabelecido na Constituição, é complexa, o controle de constitucionalidade da legislação editada também o será.

O ordenamento jurídico do Estado-membro pressupõe relação de dependência com o ordenamento jurídico superior da União, a cujas normas se submete, ao mesmo tempo que preserva uma parcela de originalidade. Por isso, o

ordenamento jurídico autônomo do Estado-Membro é misto: “parcialmente derivado e parcialmente originário” (HORTA, 1995, p. 372).

Fernanda de Almeida é precisa e sucinta ao descrever o modelo de repartição de competências adotado na Constituição de 1988,

Estruturou-se, com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação (ALMEIDA F. M., 2005, p. 74).

Se a junção das técnicas horizontal e vertical de repartição de competências entre os entes federais trazia dificuldades para a análise e o entendimento do controle de constitucionalidade, muito mais complexo será com o incremento do modelo de repartição de competências adotado na Constituição atual. Some-se ainda dois aspectos essenciais. O Estado-membro na federação brasileiro também é dotado de Poder Constituinte Decorrente que edita normas que servem de parâmetro de controle para a legislação estadual editada na competência legislativa repartida horizontalmente, e para a legislação municipal.

Nesse contexto, recorde-se a posição anômala do Distrito Federal que cumula a competência legislativa de Estado e de município.

Diante de tal quadro, o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico estadual, distrital e municipal ganha uma dimensão muito ampla e de singular complexidade, uma vez que as normas editadas passam pelo crivo de dois parâmetros de controle: a Constituição Federal e a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do Distrito Federal.

Esse cabedal de normas, sistemas e técnicas pode redundar em questões prejudiciais para o exame do mérito de controvérsias judiciais em milhares de demandas atualmente em curso e submetidas ao Poder Judiciário quando houver arguição de inconstitucionalidade de uma norma estadual ou municipal. Uma vez que o sistema difuso de controle de constitucionalidade, como visto anteriormente, defere ao juiz a competência de apreciar a compatibilidade ou não da norma com a Constituição Federal ou com a Constituição Estadual.

Significa dizer, em outros termos, que o juiz, ao apreciar uma lei ou ato normativo estadual ou municipal, no exame de um caso concreto, e como questão prejudicial ao mérito, poderá reconhecer a inconstitucionalidade com base em dois

parâmetros de controle de constitucionalidade autônomos: a Constituição Federal ou a Estadual.

Sem afastar ainda a possibilidade de que a norma estadual ou municipal seja submetida diretamente ao controle abstrato de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado ou do Distrito Federal, tendo como parâmetro a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do Distrito Federal que pode reproduzir normas constitucionais.

Verifica-se assim, em síntese, que o controle de constitucionalidade de normas estaduais e municipais, segundo o modelo de estado federal adotado na Constituição de 1988, é extremamente complicado e potencialmente controverso, diante das inúmeras possibilidades de idiossincrasias e decisões contraditórias.

Outro aspecto também relevante do tema diz respeito à adoção de normas da Constituição Federal nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal. A rigor, as Constituições Estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal não deveriam, nem poderiam reproduzir normas da Constituição Federal para limitarem-se a dispor sobre assuntos restritos ao campo normativo circunscrito e delimitado pelo constituinte originário, contudo, a tradição política estadual brasileira não adota uma postura de autocontenção nos limites estabelecidos.

Nesse particular, o constitucionalismo estadual principia na República com o Decreto nº 802, de 4 de outubro de 1890, dispondo sobre a convocação das Assembleias estaduais para instalarem-se e aprovarem as Constituições que os Governadores deveriam promulgar.

Osvaldo Trigueiro esclarece e relata o histórico de excessos cometidos no processo de constitucionalização dos Estados, que teria sido “imperfeito e atabalhado”

Em primeiro lugar, porque as Constituições se originaram de outorga dos Governadores provisórios – meros delegados do Governo federal – que, de nenhum modo, poderiam ser considerados representantes legítimos do poder constituinte estadual. Depois, porque a apressada elaboração das Cartas estaduais – antes de promulgada a Constituição Federal – gerou discrepâncias perturbadoras da harmonia indispensável ao novo sistema constitucional (TRIGUEIRO, Direito constitucional estadual, 1980, p. 56).

Os excessos cometidos pelo Poder Constituinte estadual ficaram sem qualquer “controle técnico da inconstitucionalidade das Constituições Estaduais [...]”,

por falta da competência expressa” do Poder Judiciário em examinar tal demanda¹¹⁸ (HORTA, 1995, p. 394). A situação somente foi solvida no chamado “Acordo de Pedras Altas”, mediado pelo Governo Federal, em que foi promovida a “revisão da Constituição do Rio Grande, para eliminar de seu texto as cláusulas mais fragrantemente contrárias à Constituição Federal” (HORTA, 1995, p. 394)¹¹⁹.

Desse modo, percebe-se quão tormentosa foi a sindicabilidade das normas constitucionais estaduais na história constitucional do país.

No que tange à legislação municipal eventual violadora da Constituição do Estado e/ou da Constituição Federal prevalece, implicitamente, a tese de impossibilidade de controle. Nesse sentido Fernando Rocha defende que a afronta da Constituição Federal por lei municipal, no sistema difuso, incidirá o verbete da súmula do STF:

No caso de a lei municipal vir a ser impugnada na via de defesa ou exceção por afrontar a Constituição Federal, as decisões dos tribunais inferiores poderão ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário, nos termos do disposto no art. 102, III, alínea c, da Constituição Federal, quando dispõe que cabe ao Supremo Tribunal Federal [...].

No entanto, tratando-se de violação da Constituição do Estado-membro por lei ou ato normativo municipal, as decisões proferidas por órgãos judiciais inferiores serão revistas tão-somente pelo Tribunal de Justiça, não cabendo o apelo extremo, à míngua de previsão constitucional, salvo se a disposição afrontada reproduzir norma constitucional federal de observância obrigatória para os Estados Federados. Do contrário, há de prevalecer a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe não caber recurso extraordinário por ofensa ao direito local (ROCHA, 2003, p. 101).

Percebe-se, pela parte final do excerto doutrinário, que não basta a lei ou o ato normativo municipal violar a Constituição Estadual ou Distrital, pois somente serão reapreciados em grau de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, se e somente se, a norma constitucional estadual ou distrital for de observância

¹¹⁸ Esclarece ainda o autor que, além da falta da competência expressa, o controle técnico da inconstitucionalidade das Constituições Estaduais permaneceu inerte, por falta do amadurecimento da questão e das resistências opostas pelos adeptos da autonomia extremada dos Estados-membros (HORTA 1995, p. 394).

¹¹⁹ Cite-se ainda, como relevante, o relatório produzido por Comissão designada durante a elaboração da Lei Orgânica do Distrito Federal que apontou a inconstitucionalidade de vários dispositivos que estavam no projeto. No entanto, o relatório da Comissão foi rejeitado e as inconstitucionalidades permaneceram no texto promulgado. O Supremo Tribunal Federal, em várias ações diretas de inconstitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade de alguns dispositivos indicados no relatório da comissão como passíveis de questionamentos e com indicação de revisão e supressão.

obrigatória para os Estados-membros e o Distrito Federal¹²⁰. Nessa hipótese, se o STF conhecer e julgar o RE, estará realizando por outras vias o controle direto e abstrato de constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição.

Desse modo, a legislação estadual, distrital ou municipal impugnada em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal somente será objeto de cabimento de recurso extraordinário quando as normas constitucionais estaduais ou distritais reproduzirem normas de observância obrigatória da Constituição Federal, e quando isso ocorrer, inaugurado estará o controle direto de constitucionalidade do ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

No próximo capítulo será objeto de estudo o controle direto ou abstrato de constitucionalidade.

¹²⁰ Sobre o tema obra de Léo Ferreira Leony denominada "Controle de Constitucionalidade Estadual – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro", São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPÍTULO 3

3 O CONTROLE DIRETO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Conforme vem se desenvolvendo na presente dissertação após ter sido tratado a respeito do controle difuso no capítulo 2, mister discorrer neste momento sobre o controle direto ou concentrado de constitucionalidade com o intuito de responder ao problema da objetivação do controle difuso, no que tange, ao recurso extraordinário, e verificar se estaria ocorrendo tal fenômeno em face da simbiose entre os modelos, ou se a crise paradigmática também assola o controle direto em razão da importação canhestra do mesmo.

Paralelo ao controle difuso de constitucionalidade, surge na história constitucional brasileira o controle direto ou abstrato de constitucionalidade de matiz europeia. Gilmar Mendes indica como ponto inicial desse modelo a ação direta como preliminar do processo interventivo da União nos Estados instituída pela Constituição de 1934¹²¹ “para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* do art. 7º, nº I¹²², e a execução das leis federais”¹²³ (1990, p. 217). Segundo ainda o autor, o sistema direto amplia-se com a representação¹²⁴ interventiva prevista na CF 1946, art. 8º, parágrafo único contra lei ou ato normativo estadual que violassem princípios constitucionais expressos no inciso VII do art. 7º¹²⁵, e ganha especial relevo em 1965, com a adoção da

¹²¹ Parágrafo segundo do art. 12 da Constituição de 1934.

¹²² Princípios constitucionais da CF de 1934: “forma republicana representativa; independência e coordenação de poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; autonomia dos Municípios; garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; prestação de contas da administração; possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; representação das profissões” (POLETTI 2001, p. 119).

¹²³ Inciso V do art. 12 da Constituição de 1934.

¹²⁴ “A denominação emprestada ao novo instituto – representação -, segundo esclarece Themistocles Cavalcanti (1966, p. 112), deve-se a uma escolha entre a reclamação e a representação, ‘processos conhecidos pelo Supremo Tribunal’. A análise do sentido de cada um teria conduzido à escolha do termo representação, ‘já porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer’. Vide p. 24, nota 56.

¹²⁵ Princípios constitucionais da CF de 1946: “forma republicana representativa; independência e harmonia dos poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período

representação de inconstitucionalidade pela EC nº 16 do mesmo ano^{126 127}, em razão da nova redação da alínea k do art. 101, inciso I da CF de 1946 que criou “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (ALENCAR, Ana Valderes A. N., RANGEL, Leyla Castello Branco, 1986, p. 333).

Embora, tais antecedentes sejam relevantes para a evolução histórica do modelo, entende-se porém, que o controle direto de constitucionalidade brasileiro, tendo como pressuposto o exame de normas federais e estaduais, sem qualquer distinção, por uma Corte Constitucional livre e independente, provocada por legitimado funcionalmente insubmisso, somente teve início com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que tais antecedentes acima apontados não atendem aos requisitos acima indicados.

As manifestações jurídicas ocorridas no controle de constitucionalidade brasileiro sob a via direta a partir da Constituição de 1934 são, na verdade, modalidades de demandas federativas envolvendo a União e os Estados-membro¹²⁸ e não controle direto de constitucionalidade. É preciso registrar que os textos constitucionais até faziam menção à possibilidade de controle direto de inconstitucionalidade do direito federal, porém a ausência de normalidade democrática, especialmente entre 1937-1945 e 1964-1984, e a ação efetivamente praticada pelos órgãos envolvidos termina por afastar o reconhecimento do controle

imediate; autonomia municipal; prestação de contas da administração e garantias do Poder Judiciário” (BALEEIRO e SOBRINHO 2001, p. 65-66).

¹²⁶ Durante a tramitação da proposta, o Deputado Andrade Lima Filho na 164ª Sessão em 20 de outubro de 1965 pronuncia-se contra a proposição que dentre outros temas aumentaria o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para 16 (dezesseis), por iniciativa do Poder Executivo: “Sr. Presidente, Senhores Deputados, é profundamente injusto dizer-se que o atual Governo não tem uma mensagem, porque tem muitas, todos os dias elas nos chegam, montadas no corcel feroso do ato Institucional. E, agora mesmo, o Congresso está na iminência de decidir sobre as duas últimas que são, como sabe a Casa e o País, profundamente atentatórias à Federação, à Democracia e à República” (Emendas à Constituição de 1946; nº 16: reforma do Poder Judiciário 1968, p. 125).

¹²⁷ O Deputado Célso Passos foi mais enfático na discussão da proposta, na 165ª Sessão em 20 de outubro de 1965: “Ao Supremo Tribunal Federal pela Lei Magna ainda vigente, embora rasgada, compete a iniciativa de propor modificações em sua constituição e estrutura. Não poderiam jamais vir por mensagem do Executivo tais modificações” (Emendas à Constituição de 1946; nº 16: reforma do Poder Judiciário 1968).

¹²⁸ Gilmar Mendes registra a ideia numa frase sem desenvolvê-la: “Deve-se ressaltar que, embora o constituinte [de 1946] tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, e a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, uma peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado” (MENDES, Direito Constitucional - Controle de Constitucionalidade, 2009, p. 24).

direto de inconstitucionalidade de qualquer norma federal e estadual antes do advento da Constituição de 1988^{129 130}.

Mesmo considerando que as alterações promovidas no texto constitucional em face das emendas acima indicadas incluíssem as expressões “lei ou ato normativo federal”, não se pode olvidar que as aludidas modificações constitucionais tiveram sua vigência concomitante com períodos de exceção política e jurídica decorrente da edição dos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964 e nº 2, de 27 de outubro de 1965¹³¹, que transformaram vários dispositivos da Constituição de 1946, principiando com a titularidade do Poder Constituinte, desbordando com a vedação expressa de controle jurisdicional dos atos praticados pelo movimento militar vitorioso de tomada do poder, exceto quanto às formalidades extrínsecas¹³² ¹³³ (ALENCAR, Ana Valderes A. N., RANGEL, Leyla Castello Branco, 1986, p. 316).

Diante de tais circunstâncias excepcionais de anormalidade jurídico-institucional, a percepção de controle de constitucionalidade pleno abrangendo tanto o direito estadual quanto o direito federal é esvaziada em prol de mais um instrumento de concentração do poder no ente central, dominado por um movimento militar ilegítimo.

Se sob o aspecto extrínseco, existem várias razões para afastar a tese de controle direto de constitucionalidade antes de 1988, sob o aspecto intrínseco tais razões são potencializadas. O único legitimado para acionar o sistema de controle direto era o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadão de sua escolha, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal¹³⁴, e demissível *ad nutum*, que cumulava ainda a chefia do Ministério Público Federal,

¹²⁹ O que explica decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em detrimento da autonomia dos Estados e do Distrito Federal, pois a herança interpretativa pendeu-se, em vários momentos, para os interesses do ente central.

¹³⁰ O julgamento histórico proferido pelo STF nos RREE nºs 62.731/GB e 62.739/GB, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 23 de agosto de 1967, que declarou a inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto-Lei nº 322, de 7 de abril de 1967, que dispunha sobre a purga da mora nas locações comerciais, em plena ditadura militar não afasta a tese firmada quanto a representação de inconstitucionalidade como controle concentrado apenas do direito estadual. No segundo acórdão, adverte José Levi para a ausência dos debates entre os membros da Corte (AMARAL JÚNIOR 2006, p. 57).

¹³¹ Paulo Bonavides esclarece sobre a ilegitimidade manifesta do movimento militar na edição dos Atos Institucionais (1996, p. 143-146).

¹³² Art. 7º, § 4º do Ato Institucional nº 1, de 8 de abril de 1964.

¹³³ O STF recusou-se à apreciar a constitucionalidade das proibições impostas pelos Atos Institucionais em processos sob sua análise.

¹³⁴ O mesmo Senado Federal atingido pelas restrições impostas pelos Atos Institucionais editados pela ditadura militar.

responsável pela defesa dos interesses da União (CF de 1946, art. 126 c/c 99) (BALEIRO & SOBRINHO, *Constituições Brasileiras: 1946, 2001*, p. 95).

Existia uma incompatibilidade implícita e insuperável na proposição da existência do controle direto de constitucionalidade do direito federal e do estadual, pois, a absoluta vinculação funcional e orgânica do Ministério Público Federal e do seu chefe durante a ditadura ao Poder Executivo Federal, retiraram do Procurador Geral da República a necessária independência para representar pela inconstitucionalidade de ato normativo federal perante o Supremo Tribunal Federal, e foi isso que ficou registrado na história.

Assim, a escolha privativa do Presidente da República do único legitimado para acionar a Jurisdição Constitucional, aliado às condições políticas extremamente restritivas no que concerne ao exercício democrático do governo ocasionou um pseudo controle direto de inconstitucionalidade.

Isoladas, seria até possível relevar alguma imperfeição e desse modo prestigiar a tese, porém, o conjunto de incidentes descacterizaram o modelo, perspassando a ideia de mais um instrumento colocado à disposição do governo central em restringir a autonomia dos entes parciais em momentos de anormalidade democrática, do que de controle direto de constitucionalidade.

Desse modo, a representação de inconstitucionalidade criada pela EC 16/65, mesmo com a possibilidade formal de permitir o controle direto de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, diante de seu contexto histórico, tem seus contornos intrínsecos mais afetos a instrumentos de controle e restrição da autonomia dos Estados-membros, do que a matriz de um controle de constitucionalidade num Estado Democrático de Direito¹³⁵ diante do contexto histórico de exceção^{136 137}. A criação posterior da representação do Procurador-

¹³⁵ A vedação expressa ao Poder Judiciário de apreciar os atos praticados durante o período de exceção afasta o qualificativo de Estado de Direito.

¹³⁶ Na Exposição de Motivos firmada pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores – Juracy Magalhães – datada de 3 de novembro de 1965 e encaminhada ao Senhor Presidente da República, consta o propósito de limitar a autonomia estadual: “A ‘representação’, limitada em sua ‘iniciativa’, tem o mérito de facultar desde a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’. Afeição-se, no rito, às ‘representações’ de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos ‘princípios’ que integram a lista do inciso VII do art. 7º de algum movó, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos” (Emendas à Constituição de 1946; nº 16: reforma do Poder Judiciário 1968, p. 24).

Geral da República para interpretar lei ou ato normativo federal ou estadual com a EC nº 7/1977¹³⁸ não tem o condão de afastar as conclusões acima.

Pode-se afirmar que nesse período da história político-institucional brasileira tenha prevalecido o sentido mínimo de constitucionalismo¹³⁹, que se “refere ao requisito de que um Estado tenha uma Constituição no vértice de seu sistema jurídico”^{140 141}, em especial quanto ao controle direto de constitucionalidade do direito federal. Nesse contexto é possível considerar a representação de inconstitucionalidade introduzida pela EC nº 16/65 como controle direto de constitucionalidade do direito estadual, desde que se entenda o Estado brasileiro dotado à época de um constitucionalismo mínimo, uma vez que as “ditaduras militares pretenderam legitimarem-se a si mesmas através de estatutos que tinham as características requeridas por este sentido de ‘Constituição’”^{142 143}. Todavia, o excesso de considerandos para salvar o modelo de controle direto de inconstitucionalidade termina por sufragá-lo.

Esse arcabouço normativo e político é ratificado com a constatação empírica de que nenhuma representação de inconstitucionalidade teve por base a legislação federal entre 1964 e 1984.

Assim, o controle direto ou abstrato de constitucionalidade no Brasil surge com a Constituição Federal de 1988 que criou inicialmente a ação declaratória de

¹³⁷ Essa ideia é reforçada quando aliada às demais práticas político-jurídicas do movimento militar de conferir certa normalidade institucional e a realização de eleições parlamentares, num bipartidarismo controlado, e para prefeito de cidades pequenas.

¹³⁸ Art. 119, I, alínea “I” da CF de 1967, com a redação dada pela EC nº 7/1977.

¹³⁹ A expressão é de Santiago Nino (1992, p. 2).

¹⁴⁰ “*El primero, un sentido mínimo, se refiere al requerimiento de que un Estado tenga una Constitución en el vértice de su sistema jurídico*” (NINO 1992, p. 2).

¹⁴¹ Tradução livre do autor.

¹⁴² “*No sólo ha habido constituciones vigentes en períodos como éste en que prevalece la democracia, sino que también las dictaduras militares han tendido a legitimarse a sí mismas a través de constituciones o estatutos que tienen las características requeridas por este significado de ‘Constitución’*” (NINO 1992, p. 3).

¹⁴³ Opõe-se a essa ideia o sentido pleno de constitucionalismo: “*Este sentido requiere no sólo la existencia de normas que organizan el poder y que están en cierto modo atrincheiradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente que se satisfagan ciertas exigências acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública.[...]. Estas exigências son las que definen el concepto de democracia liberal o constitucional, que parece emerger de una combinación dificultosa entre dos ideales que muchos pensadores perciben en permanente tensión: el ideal de un proceso político participativo en el que toda la gente afectada por ese proceso político participativo en el que toda la gente afectada por ese proceso tiene intervención en esa decisión, y el ideal liberar de un gobierno limitado, según el cual aun la mayoría debe detener-se frente a intereses protegidos*” (NINO 1992, p. 4).

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual¹⁴⁴ e ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação perante o STF¹⁴⁵.

O sistema foi ampliado pelas EC nº 3, de 1993 e 45, de 2004, que em essência, criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O cerne do controle direto ou abstrato de constitucionalidade consiste em levar por meio de uma ação a defesa da ordem jurídica, plasmada na constituição, em processo objetivo, sem sujeitos ou partes (MENDES, Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos, 1990, p. 250). O processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro tem por objeto as leis federais, estaduais e municipais e por parâmetro as Constituições Federal e Estadual, em face do federalismo aqui adotado.

Esclarecidos tais aspectos, mister se faz uma breve digressão sobre a organização do poder político sobre dado território e ainda sobre o Poder Constituinte cuja obra – a constituição - é o objeto de controle e análise.

3.1 O CONTROLE DIRETO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO FEDERAL, ESTADUAL, DISTRITAL E MUNICIPAL

O controle direto de constitucionalidade para todos os entes federados foi instituído apenas na Constituição de 1988 nos artigos 102, I a, 103 e 125, § 2º. A compatibilidade vertical entre o direito estadual e distrital¹⁴⁶ e a constituição pode ser verificada tanto perante ao Supremo Tribunal Federal quanto ao Tribunal de Justiça, originariamente. É possível identificar atos normativos estaduais ou distritais passíveis de passar pelo crivo do STF e do TJ e assim serem consideradas como atos superconstitucionais, pois passaram pelo julgamento de dois controles abstratos de constitucionalidade, mesmo quando a norma constitucional estadual ou distrital reproduza norma constitucional. É um paradoxo, tal situação.

O direito municipal não é passível de controle direto e abstrato de constitucionalidade diante do texto expresso da constituição, ante sua ausência de previsão. No entanto, por construção jurisprudencial, é cabível o controle abstrato de

¹⁴⁴ Art. 102, inciso I, "a" da CF/88 – redação original.

¹⁴⁵ Art. 103 e incisos da CF/88.

¹⁴⁶ Editado na competência estadual.

constitucionalidade do direito municipal e do direito distrital editado na competência local em face de norma da constituição estadual ou da Lei Orgânica do DF, que reproduza norma constitucional em ação direta de inconstitucionalidade julgada pela Corte Estadual e com recurso extraordinário provido pelo Supremo para modificar o acórdão proferido.

3.2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A REPARTIÇÃO GEOGRÁFICA DO PODER

Segundo José Afonso sob a ótica estrutural, “o modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de forma de Estado” (2003, p. 98). A adoção do Estado federal pela Constituição de 1988 consolida a ideia de repartição do poder político no espaço territorial brasileiro entre os entes políticos, que o exercem em proporções cada vez menores. O Estado brasileiro é estruturado com a repartição do poder político entre o ente central e os periféricos.

Essa estruturação do Estado ocorre por meio do direito, uma vez que

Estado e direito são realidades estreitamente ligadas, a ponto de aparecerem tradicionalmente como indissociáveis, consubstanciais uma à outra: com efeito, não apenas o Estado age por meio do direito, por meio da edição de regras obrigatórias que expressam o seu poder de coerção, mas ainda ele é fundido integralmente no molde do direito; a especificidade do Estado enquanto forma de organização política reside no fenômeno da institucionalização do poder passa pela mediação do direito (CHEVALLIER, 2009, p. 115).

Se o Estado sofreu os influxos da sociedade moderna com a supervalorização do indivíduo como titular de direitos antes dos deveres, do enfraquecimento da soberania e do direito interno em detrimento da ordem jurídica internacional, além da própria globalização e seus reflexos sobre a circulação de capitais, pessoas e informações, o mesmo pode ser dito do direito, diante da “absoluta identidade entre Estado e direito”¹⁴⁷, pois, “a dinâmica pós-moderna que

¹⁴⁷ Segundo Kelsen, “Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internaional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação de normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada” (KELSEN, Teoria Pura do Direito, 1984, p. 317).

sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o direito como o Estado” (CHEVALLIER, 2009, p. 115).

Interessante apontar que os fenômenos que influenciam a sociedade moderna, que por seu turno, repercutem no Estado e por conseguinte no Direito, estejam ligados por vínculos de concomitância e não de causalidade (CHEVALLIER, 2009, p. 115). Uma vez que o direito é “influenciado pelos valores e representações inerentes à modernidade”, como no fenômeno do declínio das crenças, ao mesmo tempo que atua como “um poderoso gerador de racionalização da organização social e política” (CHEVALLIER, 2009, p. 116).

No entanto, a racionalização do direito moderno que resultou do movimento de laicização e unificação, além da legitimação democrática “expressão da vontade coletiva” (CHEVALLIER, 2009, p. 118), traz em si, um germe destruidor do reino do indivíduo, que tem primazia sobre a organização social e política do próprio Estado

148 149

Como vaticina Chevallier (2009, p. 120)

A sociedade moderna repousa [...] sobre uma confiança absoluta depositada no direito, que conduz ao fetichismo da regra: a norma jurídica tende a ser tomada pela própria realidade, capaz de fazer acontecer aquilo que ela enuncia; e a passagem para a forma jurídica constitui-se na garantia suprema.

Além do que, a incapacidade financeira do Estado em cumprir e fazer cumprir tudo aquilo enunciado pelo direito [constituição] abre caminho para a crise da modernidade jurídica, com seus documentos simbólicos, e por consequência do próprio Estado.

¹⁴⁸ Segundo Chevallier “essa ‘subjetivação do direito’ ligada ao jusnaturalismo, encontra as suas raízes teóricas na Escola do Direito Natural e do Direito Internacional Público, que dominou o pensamento jurídico europeu nos séculos XVII e XVIII: impô-se progressivamente, então, a ideia de que o indivíduo preexiste ao Estado, que esse não é senão o fruto de um ‘contrato social’, concluído no interesse e para utilidade de cada um; o indivíduo é detentor, enquanto Homem, de direitos que o Estado é obrigado a garantir” (2009 p. 119).

¹⁴⁹ E ainda, que “a ideia segundo a qual os indivíduos são titulares de direitos face ao poder constitui um elemento fundamental da modernidade jurídica: ela desemboca sobre a crença da benemerência de um direito percebido como um dispositivo de proteção, um meio de liberação, mas também como um instrumento de Justiça e de Progresso; ainda que ele seja concebido como destinado a preservar a igualdade dos indivíduos em suas relações recíprocas (justiça comutativa) ou em suas relações com o grupo (justiça distributiva), o direito seria em todas as hipóteses dominado por um ‘ideal de justiça’ (J. RAWLS, 1971)” (CHEVALLIER 2009, p. 119).

Esse fenômeno alastra-se e atinge a Constituição que enfeixa o nó górdio¹⁵⁰ entre a política e o direito de determinada sociedade, levando a corrosão daquela diante do afastamento entre o texto e a realidade a ponto de transformá-la na decantada “folha de papel”¹⁵¹ ou apenas numa constituição simbólica.

Marcelo Neves adverte para o sentido negativo da constitucionalização simbólica¹⁵² “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada” (NEVES, 2007, p. 91). Ou seja, a incapacidade fática afeta o plano normativo e com isso retira a eficácia do texto constitucional.

A Constituição Federal dispõe que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem a capacidade de auto legislar, nos assuntos nela descritos. No entanto, a própria federação como importante arranjo institucional, enseja a coexistência, num mesmo território, e para uma mesma população, de normas federais, estaduais e municipais, que muitas vezes estão em choque em razão de sobreposições e invasões de competências de um ente em face do outro.

A coexistência de normas jurídicas diversas num mesmo território e sobre uma mesma população denotam a adoção do modelo descentralizado de Estado, onde os problemas decorrentes de centralização e descentralização, “na verdade, [...], são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgão que as criam e aplicam” (KELSEN, Teoria Geral do Direito e do Estado, 1992, p. 297). A ordem jurídica total ou nacional é formada pela ordem jurídica central [que também é uma ordem jurídica parcial] e pelas ordens jurídicas parciais, que no país engloba além dos Estados e o Distrito Federal, também os municípios (KELSEN, Teoria Geral do Direito e do Estado, 1992, p. 298).

A coexistência de centros de poder dos quais “afluem regras de conduta [...] [que] chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais

¹⁵⁰ “Nó gordiano menos us. que nó górdio. Nó górdio (1757) 1 segundo a lenda, nó que prendia ao timão o jugo da carreta do rei Górdios, depositada no templo de Zeus, em Górdios, capital da Frígia, sobre o qual existia a profecia de que quem o desatasse tomaria para si a Ásia; nó gordiano [Pela tradição, o conquistador Alexandre de Macedônia cortou tal nó com sua espada e invadiu a Ásia.] 2. Fig. Empecilho aparentemente insuperável; dificuldade que parece não ter solução” (HOUAISS, VILLAR e FRANCO 2001, p. 2021).

¹⁵¹ Expressão utilizada por Ferdinand Lassalle em conferência proferida em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia, quando se questionava para o verdadeiro conceito da constituição diante da ação corrosiva dos fatores reais de poder (LASSALLE 2001, p. 17).

¹⁵² A constitucionalização simbólica ganha relevância específica “no plano da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição [...]. Ao texto constitucional falta, então, normatividade” (NEVES 2007, p. 92).

diferentes” dá o tom da complexidade do ordenamento jurídico do Estado federal (BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, 1994, p. 38). Assim, os problemas decorrentes da aplicação das regras de conduta no federalismo são complexos diante da complexidade de seu ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, cuja competência não seja vedada e desde que observados os princípios nela estabelecidos ¹⁵³. O artigo 11 do ADCT da CF/88 por seu turno determinou que

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a lei orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição estadual (Editora Saraiva, 2010, p. 77).

Estimulados pela nova Constituição vários estados promulgaram suas Cartas Constitucionais Estaduais, contudo, o produto de uma ação determinada pelo Poder Constituinte originário para o Poder Constituinte Decorrente foi amplamente questionado perante o Supremo Tribunal Federal, mediante ações diretas de inconstitucionalidade, tendo por fundamento inúmeras causas, porém a que se quer destacar é a de desobediência de princípios da Constituição Federal, em especial, o “princípio da simetria”, que será abordado mais a frente no trabalho.

O tema suscita o exame de três assuntos extremamente importantes: o Poder Constituinte, sua teoria, seu conceito político e jurídico, e sua natureza jurídica; posteriormente, o Poder Constituintes dos Estados-membros, formas de expressão e por derradeiro, a limitação deste último por princípios constitucionais, e em especial o princípio da simetria.

Segundo Paulo Bonavides a teoria do poder constituinte decorre da compreensão e assimilação de uma teoria voltada para o exercício do poder no Estado, sob o prisma da legitimidade. Datado historicamente nos fins do século XVIII, esse poder novo estava calcado na razão humana em substituição ao direito divino que legitimava o poder absoluto das monarquias. A titularidade da soberania

¹⁵³ Artigo 25, *caput* e §1º da CF.

estatal é deslocada do divino para o político, consubstanciado na Nação como titular da soberania estatal (1996, p. 120).

Do ponto de vista formal, “o poder constituinte sempre existiu e sempre existirá”, pois o Estado para continuar a existir carece de uma Constituição que defina sua forma e organização (BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 1996, p. 122).

Do ponto de vista material ou de conteúdo, o poder constituinte é um conceito novo, pois exprime uma nova filosofia do poder deslocado do sobrenatural enfeixado em um Deus supremo para o homem, sendo “incompreensível fora de suas respectivas conotações ideológicas” (BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 1996, p. 122).

Na precisa síntese de Bonavides (1996, pp. 123-124):

A teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, prende-se indissociavelmente ao conceito formal de Constituição, separa o poder constituinte dos poderes constituídos, torna-se ponto de partida e matriz de toda a obra levantada pelo constitucionalismo de fins do século XVIII e primeira metade do século passado, assinala enfim o advento das Constituições rígidas.

Compreendida assim, a sistemática do modelo que deslocou da divindade para o homem ou para a nação, com base na razão, a legitimidade do exercício do Poder, convém ainda pontuar com as observações de Jorge Miranda quanto à atuação do poder constituinte para a formação de uma nova Constituição.

Do autor lusitano destacam-se os pontos relativos ao fator determinante da abertura de cada era constitucional e à solidariedade do órgão que elabora e decreta a Constituição formal com a ruptura do regime anterior (MIRANDA, 2009, p. 212). Em outras palavras, o mais relevante em cada era constitucional não é a elaboração, aprovação e promulgação de uma nova Constituição formal, mas a ruptura, o “corte ou a contraposição”¹⁵⁴, com o regime ou a situação político-institucional anterior.

Não padece dúvidas quanto ao fato de que a Constituição de 1988 inaugurou uma nova era constitucional e significou uma ruptura com a ditadura militar de 1964-1985 e especialmente com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 com seu desenho institucional de um ente central

¹⁵⁴ A expressão é de Jorge Miranda (MIRANDA 2009, p. 212).

sobressaindo-se sobre os demais entes parciais e ainda, na prevalência do Poder Executivo sobre os demais.

Tendo como certa a presente premissa, também é preciso concordar com o mestre lusitano de que “o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema de direitos fundamentais” (MIRANDA, 2009, p. 212).

Após 1988, o arranjo institucional brasileiro ganha novos contornos ao se constatar a ruptura ou a contraposição ao sistema centralizador preconizado pelo regime constitucional anterior decorrente de uma ditadura militar que concentrava os poderes do estado federal no ente central.

Assim como o poder central foi limitado pelo direito, com base no estabelecimento de uma constituição rígida como a base do sistema que configura os baldrames do Controle de Constitucionalidade do Poder Constituinte Originário, o mesmo ocorre com o Poder Constituinte Decorrente, uma vez que o direito limita o exercício do Poder Político do ente parcial segundo as normas estabelecidas na Constituição Federal, concomitante com as estabelecidas em sua própria Constituição Estadual.

O exame do Poder Constituinte Decorrente ganha destaque com a identificação de seus limites na especificação da autonomia do ente parcial, nesse sentido torna-se relevante a análise desse Poder, na sequência.

3.3 O PODER CONSTITUINTE CONSTITUÍDO

A doutrina constitucional distingue o poder constituinte originário do poder constituinte constituído. O primeiro critério utilizado diz respeito à própria natureza política ou extrajurídica do poder constituinte originário, que não se prende a limites formais (BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 1996, p. 125).

O poder constituinte constituído decorre de sua inserção na Constituição,

é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos

institucionais da ordem estabelecida (BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 1996, p. 125).

Ou seja, o poder constituinte constituído pressupõe a mutabilidade da vontade soberana a ensejar a modificação dos fundamentos institucionais da ordem estabelecida, segundo o regramento estabelecido na Constituição.

Para Bonavides (1996, p. 128)

Sua criação teórica se explica pois pelo objetivo e necessidade de atalhar usurpações: usurpações de pessoas e grupos, de minorias ocasionais que, em dano da coletividade nacional e popular, venham em proveito próprio monopolizar o poder ou instituir sistemas autocráticos de organizações política e social ordinariamente divorciados da presença e da participação dos governados.

Significa então, uma proteção jurídica fincada na Constituição contra o exercício do Poder por uma pequena parcela da população.

3.4 O CONCEITO JURÍDICO DO PODER CONSTITUINTE CONSTITUÍDO E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO

A fonte do Poder Constituinte interfere diretamente em sua atuação e compreensão, pois, se oriundo de processo revolucionário e de golpes de Estados age como poder extrajurídico e é compreendido pela Ciência Política; mas se decorre de um dado ordenamento jurídico, atua sempre na moldura de um ordenamento jurídico e compreendido pelo Direito Constitucional (BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 1996, p. 128).

A mudança constitucional decorre da atuação do poder constituinte, na acepção jurídica, nos termos e limites estabelecidos pelo texto constitucional. O poder constituinte constituído, nesse diapasão, é aquele que altera a Constituição de acordo com as regras e limites impostos pelo Poder Constituinte Originário.

Segundo o caráter jurídico, o poder constituinte derivado é um instrumento útil e eficaz de mudança e adaptação corretiva dos sistemas constitucionais rígidos, com alcance ou competência disciplinados pelas próprias constituições, objeto de sua atuação.

Michel Temer (2002, p. 32) denomina o Poder constituído “de derivado (ou constituído, instituído, secundário ou de segundo grau)” e se destina à reforma do

texto constitucional. O poder de reforma constitucional, diferentemente do originário, que é poder de fato, é jurídico.

Conclui Temer (2002, p. 34) que

O constituinte originário, ao criar sua obra, fixa a possibilidade de sua reforma. As constituições se pretendem eternas, mas não modificáveis. Daí a competência atribuída a um dos órgãos do poder para a modificação constitucional, com vistas a adaptar preceitos da ordem jurídica a novas realidades fáticas.

Decorre do exposto que a atuação do Poder Constituinte Derivado do ente central é limitado por questões jurídicas e políticas, no entanto, no Estado federal os entes parciais são dotados de autonomia para estabelecerem suas ordens jurídicas parciais conformadas juridicamente pelas normas da constituição.

Assim, como poder instituído, a atuação do Poder Constituinte dos Estados tem seus limites fixados na própria Constituição Federal em razão da capacidade de auto-organização dos entes parciais, no Estado Federal.

A auto-organização é o primeiro elemento da autonomia estadual e se concretiza na capacidade de dar-se a própria Constituição. "Toda Constituição pressupõe a existência de um Poder capaz de formulá-la, de um Poder que não é instituído por ela, mas que a institui, de um Poder que, através dela, institui os demais poderes" (FERRAZ, 1979, p. 57).

As Constituições estaduais implicam a existência de um Poder especial que, por meio delas, organiza, forma, e constitui os respectivos Estados federados, e é o Poder Constituinte pertinente ao povo de cada uma dessas unidades federadas. Segundo alguns autores, o poder constituinte estadual diante de sua limitação em demasia, não poderia ser considerado como constituinte, pois a característica de poder constituinte denota ser ilimitado. No entanto, outros entendem tratar-se de constituinte de segundo grau, subordinado, secundário e condicionado (FERRAZ, 1979, p. 66).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho chama-o *Poder Constituinte Decorrente*, este que, decorrendo do originário, "não se destina a rever sua obra e sim a institucionalizar coletividades, com caráter de estados, que a Constituição preveja" (2010, p. 54).

A história político-constitucional brasileira registra que desde a proclamação da República, o Constituinte Estadual sempre se exprimiu por via de Assembleia

Constituinte Estadual¹⁵⁵, com interrupções decorrentes de governos antidemocráticos, em que as Constituições estaduais foram outorgadas pelos respectivos governos (CF 1937, art. 181¹⁵⁶) ou a simples reforma das Constituições Estaduais para a adaptação a Constituição Federal (CF 1967, art. 188¹⁵⁷), ou, ainda pior, a incorporação de suas disposições ao direito constitucional legislado dos Estados (EC nº 1, de 1969, art. 200¹⁵⁸).

A Constituição Federal atual também não previu a convocação de Assembleias Constituintes Estaduais com poderes especiais para elaborarem suas Constituições, mas reconheceu que as Assembleias Legislativas eleitas em 1986 teriam poderes para formular as Constituições Estaduais (art. 11 do ADCT CF/88) (SILVA, 2003, p. 592) e que além das Assembleias estaduais a Câmara Legislativa Distrital também aprovaria e promulgaria a Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 32, *caput* da CF/88), que tem estatura de Constituição Estadual apta para servir como parâmetro de controle.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o ímpeto centralizador que constava em normas da Carta de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969 decorrência direta da ditadura militar que, como visto, retiraram toda a autonomia dos Estados-membros. Exemplo evidente desse rompimento foi encetado no modelo de repartição de receitas tributárias no qual os Estados, o Distrito Federal e os Municípios receberam mais recursos mediante uma repartição de receitas mais equânime, do que o destinado para o ente central. Outro registro relevante decorre do abandono do modelo de processo legislativo da União que era de adoção obrigatória pelos entes parciais (art. 13, inciso III da CF/67)¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Constituição de 1891 – art. 2º das Disposições Transitórias; Constituição de 1934, art. 3º das Disposições Transitórias;

¹⁵⁶ “Art. 181. As Constituições estaduais serão outorgadas pelos respectivos governos, que exercerão, enquanto não se reunirem as Assembléias Legislativas, as funções destas nas matérias da competência dos estados” (COSTA PORTO 2001, p. 114).

¹⁵⁷ “Art. 188. Os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às Cartas estaduais” (ALENCAR, Ana Valdez A. N., RANGEL, Leyla Castello Branco 1986, p. 401).

¹⁵⁸ “Art. 200. As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados” (COSTA PORTO, Constituições Brasileiras: 1967 1999, p. 90).

¹⁵⁹ Art. 13, inciso III da Constituição de 1967.

Apesar de não previsto na Carta Política atual, o Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰ criou, por interpretação analógica, a figura do princípio da simetria, no sentido de exigir a observância das normas do processo legislativo federal pelos Estados-membros e o Distrito Federal¹⁶¹ e o aplicou no exame das normas fixadas nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal por ocasião do julgamento de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidades por ele julgadas.

Mesmo não sendo objeto do presente estudo, mister esclarecer e pontuar que tal atuação do STF terminou por reeditar normas das constituições revogadas e de forte apego à limitação da autonomia dos Estados-membros da federação brasileira e, sem considerar a ruptura da ordem constitucional anterior em período de exceção. Abordado esse aspecto do problema, mister ainda examinar o Poder Constituinte dos Estados-membros e do DF na edição das Constituições Estaduais e da LODF.

3.5 O PODER CONSTITUINTE DECORRENTE, SUA LIMITAÇÃO E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS REPRODUZIDAS NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS E O DIREITO ESTADUAL

Tendo como norte, a limitação imposta aos Estados-membros e ao Distrito Federal de instituto nitidamente centralizador e esvaziador da autonomia dos entes parciais inaugurada pelo Poder Constituinte Originário numa ruptura ao regime ditatorial até então vigente. As Constituições Estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal, segundo o § 1º do art. 25 c/c 32 da CF/88, deveriam atuar de maneira plena na competência residual para organizar e reger os entes parciais; todavia, o campo

¹⁶⁰ Entende-se que a adoção pela Corte Supremo da jurisprudência consolidada durante a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, durante um período de extrema concentração de poderes em torno da União Federal, não se coaduna com a maior autonomia dispensada aos Estados e ao Distrito Federal pela Constituição de 1988. A reintrodução do processo legislativo federal como princípio de observância obrigatória pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal, inclusive, no exercício de Poder Constituinte Decorrente para a elaboração das Constituições Estaduais e Lei Orgânica do Distrito Federal somente faz sentido de se reconhecer uma analogia, data vêniam, *in malis promissis fides non expedit observari* "não se deve manter promessas más" (VALLE 2002, p. 189) do legislador constituinte anterior.

¹⁶¹ A observância obrigatória do processo legislativo federal pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal constava expressamente na Constituição de 1967 – art. 13, inciso III, da jurisprudência do próprio STF e foi aplicado após a Constituição de 1988 na ADI n. 276, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/1997, DJ 19-12-1997 PP-00040 EMENT VOL-01896-01 PP-00020.

de atuação normativa é extremamente restrito diante da limitação imposta pelo STF, que no exercício de sua competência observe os princípios da Constituição, em especial o “Princípio da simetria”.

Ou seja, se de um lado os Estados-membros têm ampla liberdade de conformação, por outro, a utilização do termo “princípios da Constituição”, termo normativo que dentro da teoria da metodologia jurídica traz um grau de abstração maior dos que as regras, que necessita de mediações concretizadoras (CANOTILHO, Direito Constitucional, 1993, p. 166), e por isso permite uma interpretação mais restritiva quanto ao alcance da competência legislativa estadual.

Em linhas gerais, o Estado-membro estaria obrigado a observar inicialmente: a tripartição de poderes (art. 2º), inclusive quanto ao número de Deputados à Assembleia Legislativa (art. 27, *caput*) e o valor do subsídio (§ 2º do art. 27), a elegibilidade do policial ou bombeiro militar (§8º do art. 14), a incorporação, subdivisão ou desmembramento dos Estado mediante lei complementar (§3º do art. 18), a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, dentro do período determinado por lei complementar (§4º do art. 18), observar as normas federais fixadas em lei complementar para a cooperação entre a União e os Estados e o Distrito Federal no exercício da competência comum do art. 23; observar as normas gerais da União editadas sobre os temas descritos nos incisos do art. 24; aplicação de seus recursos tributários (alínea “e” do inciso VII do art. 34); dos princípios do art. 37; afastamento e outros temas relativos ao servidor público (art. 38-41); além de várias outras matérias relativas à tributação, aplicação de recursos etc.

Muitas das restrições a auto-organização dos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios surgiram por obra do Poder Constituinte Reformador¹⁶² e pelo beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que chancelou a sanha centralizadora do Governo Federal¹⁶³. Esse fenômeno ocorreu em relevantes assuntos que não serão objeto de estudo porém que repercutiram na conformação do modelo como a criação de municípios, a fixação do número de vereadores e o princípio da simetria, dentre outros.

¹⁶² Da União.

¹⁶³ Na monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP com o título “O Federalismo Brasileiro e a Jurisdição Constitucional” discorro com mais precisão sobre alguns temas acima e aponto para a atuação do STF na chancela dessas iniciativas restritivas e inconstitucionais à auto-organização dos entes parciais da federação brasileira.

O direito constitucional anterior, especialmente quando editado sob a vigência de movimentos ditatoriais, não poderia ser repristinado para reduzir o espaço de conformação dos entes parciais na federação brasileira. A adoção de interpretação centralizadora, oportuna e coerente com a constituição anterior revogada e suplantada decorre da aplicação de analogia em prol do ente central em detrimento da autonomia estadual preconizada no novo texto magno.

Assim, as normas constitucionais estaduais e distritais sofreram os efeitos nefastos do retrocesso centralizador acima relatado e o efeito deletério que, diante de tamanha restrição objetiva, terminam as Constituições Estaduais¹⁶⁴ por reproduzir inúmeras normas constantes do texto da Constituição Federal, ou, quase fotocópias da Constituição Federal.

As normas constitucionais estaduais, nesse sentido, seriam meras reproduções de normas da própria Constituição Federal e ensejariam como consequência a atração da competência do Supremo Tribunal Federal para analisar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade que tivessem por objeto a norma constitucional reproduzida pela norma constitucional estadual ou distrital. Isso porque, a própria Constituição Federal dotou as Cortes estaduais de competência originária para apreciar e julgar representações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual¹⁶⁵.

Nesse sentido, a rigor, a competência para apreciar e julgar violação da Constituição Estadual que espelhasse a federal seria do Supremo Tribunal Federal não subsistindo competência das Cortes Estaduais para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, uma vez que a norma violada seria da Constituição Federal e não da Constituição Estadual, pois esta apenas reproduziria normas daquela.

No entanto, no exame de casos concretos, o tema foi suscitado e pacificado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da RCL n. 383, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 147:445-6, no sentido de que

Sendo normas constitucionais estaduais, as normas de reprodução possuem eficácia jurídica e vinculam os Poderes Públicos locais, que não lhes podem negar vigência, com base no simples fato de serem repetição de dispositivos constitucionais federais. A competência para conhecer de tais conflitos, que são estaduais, é do Tribunal de Justiça do Estado-membro (LEONCY, 2007, p. 124).

¹⁶⁴ E a Lei Orgânica do Distrito Federal.

¹⁶⁵ Art. 125, § 2º da Constituição Federal.

E mais recentemente, o STF ampliou o parâmetro de controle das ações diretas de inconstitucionalidade perante as Corte Estadual as normas constitucionais estaduais de caráter remissivo da Constituição Federal na Rcl n. 4.432 (MENDES, Estado de Direito e Jurisdição Constitucional - 2002-2010, 2011, p. 103).

Interessante notar que, a reprodução pela Constituição Estadual ou pela Lei Orgânica do Distrito Federal de normas do texto constitucional, sob a ótica da Corte Suprema, não lhe retiraria nem a vigência nem a eficácia jurídica, como normas constitucionais estaduais ou distritais, frente aos órgãos e Poderes locais, pois teriam sido adotadas no exercício pleno de sua autonomia federativa.

Tendo em vista apenas o aspecto formal tal assertiva é inexorável, pois a reprodução da norma constitucional no diploma constitucional estadual ou distrital decorreu efetivamente de ato volitivo e de poder dos legitimados nos Estados para tanto e, por conseguinte, também afastaria do STF o exame de pleora de processos surgidos nos Estados.

Se os aspectos positivos do entendimento podem ser destacados, os negativos também não demoram em trazer consequências perniciosas ao transformar o Tribunal de Justiça do Estado e do Distrito Federal em Corte Constitucional de norma constitucional reproduzida ou fotocopiada na Constituição Estadual.

Em outros termos, a interpretação dada à norma estadual ou distrital, espelhada da constitucional, pela Corte Estadual somente seria revista pelo STF na sua competência recursal mediante Recurso Extraordinário que ainda não tem o devido tratamento e submete-se à tramitação comum de todos os recursos da mesma natureza que chegam àquela Corte.

Por conseguinte, o Poder Judiciário Estadual transforma-se em Corte Constitucional exclusiva e única na hipótese de não conhecimento do recurso extraordinário pelo STF contra o acórdão daquela sobre norma constitucional reproduzida em Constituição estadual ou na Lei Orgânica do Distrito Federal.

A competência recursal do Supremo Tribunal Federal autoriza o conhecimento de causas julgadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive estaduais e distrital, que violem diretamente ou por meio de interpretação

as normas constitucionais centrais e as leis nacionais ¹⁶⁶, aplicáveis a todas as pessoas no território nacional.

A delimitação das normas da Constituição Estadual que reproduzem a norma constitucional decorre da autonomia do Estado-membro concebida pela Constituição que instituiu normas centrais, “tenham elas a natureza de princípios constitucionais, de princípios estabelecidos e de normas de preordenação”, que são transportadas da Constituição Federal para a Constituição dos Estados e do Distrito Federal mediante a adoção das normas de reprodução e “afetam a liberdade criadora do Poder Constituinte Estadual e acentuam o caráter derivado desse poder” (HORTA, 1995, p. 77).

Além das regras, existem ainda como elementos de restrição da autonomia estadual, os princípios constitucionais que comportam a atuação do intérprete.

Leoncy (2007, p. 14) identificou quatro categorias de conteúdos das normas de observância obrigatória que limitam a autonomia dos Estados e do Distrito Federal: “(a) os princípios constitucionais sensíveis, (b) as normas de preordenação constitucional, (c) as normas federais extensíveis e (d) os princípios constitucionais estabelecidos”. Tais normas afetam a autonomia dos Estados-membros, em especial a atuação do poder constituinte decorrente em sua atuação organizatória.

Trata-se de sofisticada engenharia constitucional no equilíbrio de um sistema quase caótico, pois a cada movimento surgem consequências anteriormente inimagináveis. Se a solução preconizada pelo STF na RCL 383, o livrou de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade do direito estadual, por outro lado, criou uma nova modalidade de recurso extraordinário de natureza objetiva decorrente de acórdãos julgados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal em ações diretas de constitucionalidade de leis estaduais ou distritais frente às Constituições dos Estados e da Lei Orgânica do DF, que reproduzem normas da Constituição de observância obrigatória, e ainda, de um novo controle abstrato de

¹⁶⁶ Leo Leoncy esclarece que: “É possível observar, da leitura de seu texto, que a Constituição da República Federativa do Brasil é a lei fundamental de todo o Estado federal, quando, por exemplo, estatui normas centrais cuja validade abrange todo o território nacional e todas as entidades componentes da Federação. Mas também é a lei fundamental da União, quando estabelece diversas normas que, embora válidas para o território inteiro, apenas se consideram diretamente obrigatórias para esta entidade federativa central” (LEONCY 2007, p. 8-9).

constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

No entanto, tais efeitos colaterais ainda carecem de aprofundados estudos especialmente no que tange à objetivação do recurso extraordinário decorrente de acórdão proferido em ADI estadual que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual frente a norma da Constituição estadual que reproduz norma da Constituição Federal, e ainda, o controle direto de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal.

No próximo tópico será examinada a competência originária das Cortes de Justiça estaduais e distrital em apreciar a constitucionalidade do Direito estadual e municipal face à Constituição Estadual, mesmo quando reproduza ou faça referência expressa à normas da Constituição Federal.

3.6 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA PARA APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO ESTADUAL E MUNICIPAL FACE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

O entendimento esposado na RCL 383 tem como consequência prática afastar a competência originária do STF para o julgamento das demandas objetivas entre as normas estaduais e distritais e as normas da Constituição Federal reproduzidas nas Cartas Estaduais, e como efeito colateral a criação de uma nova modalidade de recurso extraordinário de índole eminentemente objetiva decorrente do julgamento proferido pelas Cortes Estaduais, além de nova espécie de controle abstrato do direito municipal.

O STF reconheceu a prevalência da tese da autonomia dos parâmetros de controle independentemente da natureza da norma constitucional federal repetida em detrimento da tese anterior da ociosidade das normas constitucionais estaduais repetidoras de normas constitucionais federais de observância obrigatória para os Estados-membros (RCL 370, rel. Min. Octavio Gallotti).

A Constituição de 1988 fixou a competência aos Estados de instituírem a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º). O termo representação

de inconstitucionalidade deve ser compreendido como sinônimo de “ação direta” de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, de lei local, em face da Constituição Estadual¹⁶⁷. Para Regina Ferrari, o controle de constitucionalidade do direito estadual frente à Constituição estadual “é a forma mais característica de asseguramento da autonomia estadual” (FERRARI, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 1992, p. 174), pois a higidez formal aliada ao mecanismo de proteção é também uma reafirmação da autonomia.

Quanto ao direito municipal e sua relação com a Constituição Estadual cabe a advertência de Regina Ferrari de que

Parece evidente a relação de hierarquia entre a Constituição do Estado Membro e a lei municipal; não se pode ignorar, porém, que em relação às matérias de competência exclusiva do Município conferidas pela Constituição Federal não há que falar em hierarquia da lei estadual frente à municipal, visto que cada uma dessas pessoas componentes da Federação brasileira tem seu campo de autonomia próprio. Mas, desde que tal hierarquia exista, cabe ao Estado Membro zelar pela supremacia de sua Lei Maior (1994, p. 70).

As normas constitucionais estaduais podem afetar o direito municipal, no controle direto, em três situações distintas. Primeiramente, a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual, quando ocorrer a invasão de competência exclusiva do Município pelo constituinte do estado. Segundo, a competência exclusiva do Tribunal de Justiça, a norma constitucional estadual respeita os estritos limites traçados pela Constituição Federal. A última hipótese, pela relevância, inaugura nova modalidade de controle abstrato de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal. Ele ocorre quando a carta estadual reproduz diretamente ou por referência a norma constitucional federal e tal preceito normativo é utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade no julgamento de ação direta pelo Tribunal de Justiça e, essa decisão é modificada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o recurso extraordinário interposto.

Como exposto, a reprodução de normas da Constituição nos diplomas constitucionais estaduais ensejou a discussão da competência originária para o julgamento das ações diretas, conforme apresentado anteriormente, com o reforço argumentativo de que o ponto fulcral localiza-se na delimitação do parâmetro de

¹⁶⁷ Conforme o voto do Min. Paulo Brossard na RCLMC 337, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/1990, DJ 26-10-1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365655>. Acesso em: 28/06/2011.

controle, pois este designa “o complexo ou conjunto de normas superiores utilizadas como referência pelo Tribunal [de Justiça] para analisar a legitimidade constitucional de leis e atos normativos [estaduais ou municipais] submetidos a exame” (LEONCY, 2007, p. 81).

O parâmetro de controle, na hipótese examinada, são as normas constitucionais federais replicadas pelas constituições estaduais. Essa questão foi resolvida em definitivo pela Corte Suprema quando considerou ser da competência do Tribunal de Justiça “para processar e julgar ação direta contra lei estadual contrastada com a norma da Constituição local, mesmo quando venha esta a consubstanciar mera reprodução de regra da Carta Federal”¹⁶⁸.

Consequência direta do exposto é a ratificação da competência do Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de norma estadual ou distrital em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do DF, mesmo quando reproduz normas da Constituição Federal. O ato normativo municipal somente poderá ser objeto de controle direto de constitucionalidade frente à Constituição Estadual, na via de ação, no entanto, na via recursal configura-se uma nova modalidade de controle abstrato de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal não listado no art. 102 da CF/88.

A importância prática dessa constatação decorre do elevado número de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de leis ou atos normativos distritais e julgadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios em pouco mais de treze anos de jurisdição¹⁶⁹ que possuem identidade entre o parâmetro de controle entre a Constituição Federal e a Lei Orgânica do DF. Não se quer aqui, sustentar a permanência de diplomas inconstitucionais em vigor, no entanto, diante da identidade entre as normas que servem de parâmetro de controle e as restrições processuais para o reexame da decisão da Corte Distrital pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários interpostos, o Tribunal de Justiça do DF passa a ser a Corte Constitucional das normas constitucionais

¹⁶⁸ ADI-QO 1.529, Rel. Min. Octavio Gallotti, Ementário 1859-01, p. 43.

¹⁶⁹ Segundo listagem obtida no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios existem 659 processos autuados como arguição de constitucionalidade e inconstitucionalidade de 1998 até 14/nov./2011. Disponível em: << <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=PLHTML10&ORIGEM=INTER>>>. Acesso em: 14/nov./2011.

reproduzidas na Lei Orgânica do DF. Esse tema será objeto de apreciação específica no trabalho.

Outro ponto relevante, ocorre com a legislação distrital editada em razão da competência municipal (art. 32, § 1º da CF/88¹⁷⁰). O artigo 102, inciso I alínea “a” da Constituição Federal de 1988 estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal “processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (Editora Saraiva, 2010, p. 40). A omissão do dispositivo citado quanto ao ato normativo municipal é entendida pela doutrina “como um silêncio proposita¹⁷¹ do constituinte” (ROCHA, 2003, p. 103). Essa omissão tem como consequências: 1ª) a impossibilidade de integração dessa lacuna pelo legislador ordinário¹⁷², 2ª) a exclusão dessa via (direta) de controle de inconstitucionalidade ao direito municipal, e 3ª) a impossibilidade do Constituinte Estadual conferir competência ao Tribunal de Justiça para apreciar em tese a inconstitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal^{173 174}.

Corolário desse entendimento decorre o reconhecimento apenas da via de defesa ou exceção para se arguir a inconstitucionalidade de ato normativo municipal diante da Constituição Federal. No caso específico do Distrito Federal, a

¹⁷⁰ “Art. 32 [...]

§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios” (Editora Saraiva 2011, p. 37).

¹⁷¹ Gilmar Mendes adota a expressão “silêncio eloquente” para explicar aparente omissão em dispositivo da Constituição de 1967/1969. “O silêncio do legislador constituinte há de ser entendido, nesse aspecto, como expressa vontade de restringir o controle de constitucionalidade abstrato ao modelo explicitamente definido no Texto Magno” (MENDES, Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos 1990, p. 319).

¹⁷² Desde o julgamento pela Suprema Corte Americana do caso *Marbury vs. Madison*, é assente a vedação ao legislador ordinário de ampliar a competência originária ou recursal do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷³ Apesar de receber o beneplácito do STF, ainda sob a égide da Constituição de 1967/69, no RE n. 91.740, rel. p/acórdão do Min. Moreira Alves, e ainda, no RE n. 92.169, rel. Min. Cunha Peixoto, ratificado nas ADI’s 347/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20/09/2006, e ainda: 209; 409; 508; 699-MC e Rcl 337, existem importantes vozes dissonantes de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Regina Nery Ferrari e José Afonso da Silva no sentido de ser da competência dos Estados membro, ao organizar sua justiça, prever a ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos municipais frente à Constituição Federal (ROCHA 2003, p. 104).

¹⁷⁴ A adoção pelo STF da jurisprudência decorrente de período constitucional anterior desconsiderou a mudança implantada pelo constituinte de maior autonomia estadual e o mais importante, não atentou para a possibilidade de resolução eficaz de problemas, pois a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal julgada originalmente pela Corte Estadual evitaria inúmeras ações concretas, restando sempre o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Ou dado relevante é que a mesma Corte Estadual tem competência para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, no sistema difuso, mesmo em ações civis públicas. Assim, não faz sentido adotar a jurisprudência produzida durante um período de ampla restrição à própria competência da Corte Suprema brasileira.

legislação editada na competência municipal tem por características óbvias a aplicação em todo o território distrital, numa espécie sui generis de lei municipal com abrangência estadual. Nesse contexto encontram-se as normas distritais relativas ao plano de ordenamento territorial e as de postura, especificamente sobre alvarás de funcionamento. Tais normas, apesar de afetarem todo o território e população do Distrito Federal, independentemente de sua localização geográfica interna, possuem natureza municipal e portanto imunes ao exame pela via direta, mesmo recursal, pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, recentemente a Corte Suprema admitiu para julgamento recurso extraordinário¹⁷⁵ interposto contra acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada perante o TJDFT que julgou constitucional lei distrital dispondo sobre ordenamento territorial fora do plano diretor. A Lei Complementar Distrital nº 710, de 6 de setembro de 2005, que dispõe sobre os Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas e dá outras providências, foi declarada constitucional pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007 00 2 006486-7, e desse acórdão interposto recurso extraordinário cuja repercussão geral foi admitida pelo STF¹⁷⁶.

Caso a Corte Suprema conheça e julgue o recurso estará o STF exercendo o controle direto de constitucionalidade de norma municipal ou distrital editada na competência municipal em face da Constituição Federal.

A ampliação do controle direto de constitucionalidade em face da atuação dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal torna imperioso o exame, mesmo que perfunctório, dos efeitos das decisões proferidas nesse sistema tendo em vista a multiplicidade de consequências possíveis.

3.7 EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA EM CONTROLE DIRETO E O ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868, DE 1999

¹⁷⁵ RE 607940, rel. Min. Ayres Britto.

¹⁷⁶ Tema 348 – O Plano Diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3823627&numeroProcesso=607940&classeProcesso=RE&numeroTema=348>>>. Acesso em 26/dez./2011.

A decisão proferida pelas Cortes Estaduais em sede de controle abstrato e concentrado produz efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, retirando a lei ou ato normativo estadual do ordenamento jurídico estadual como se nunca tivesse existido (DUTRA, 2005, p. 102).

Trata-se da aplicação pura e sem temperamentos da teoria da nulidade exposta pelos norte-americanos no famoso caso *Marbury vs. Madison* já se explicitado anteriormente. Como esclarece Lúcio Bittencourt “se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará êle, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no?” (1997, p. 13).

Canotilho vai além ao explicitar que a regra da nulidade *ipso jure* é uma consequência perfeitamente lógica, pois, considerando os postulados positivistas da unidade da ordem jurídica e da ausência de contradições do ordenamento jurídico e pressupondo, ainda, uma teoria gradualista das fontes do direito, induz o efeito da nulidade:

As leis inconstitucionais são nulas de pleno direito porque, desde o início, violam a norma ou normas hierarquicamente superiores da constituição. Nesta perspectiva, a nulidade *ipso jure* das leis é, no fundo, uma concretização do princípio da hierarquia das normas (*lex superior derogat legi inferiori*). (CANOTILHO, Direito Constitucional e teoria da Constituição, 1999, p. 878).

Desse modo, quando se defende a tese de nulidade da lei ou do ato normativo inferior incompatível com a norma constitucional que lhe dá suporte ou fundamento têm-se como pressuposto uma estrutura hierárquica ou um rito procedimental. A violação das regras de competência ou procedimentais estabelecidas na constituição por aquelas normas outras inferiores tem como consequência a nulidade que, retroage até a edição da norma inferior.

Olavo Alves Ferreira (2003, p. 65) aprofunda mais o tema ao identificar três espécies de efeitos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade:

alcance subjetivo do efeito *erga omnes*, do alcance temporal (efeitos *ex tunc*, incidência a partir de data posterior ao início da vigência, *ex nunc*, e *pro futuro*), do efeito repristinatório, e, enfim, da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Apesar de o autor identificar tais efeitos nas decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na

arguição de descumprimento de preceito fundamental, evidentemente ligadas à jurisdição constitucional do STF, seus ensinamentos podem ser utilizados para a compreensão dos efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça em sua competência originária para julgar ações diretas de inconstitucionalidade¹⁷⁷ contra lei ou ato normativo estadual, distrital ou municipal em face da Constituição Estadual ou da LODF.

Quanto ao primeiro efeito *erga omnes* é interessante notar que a Constituição Federal não traz previsão expressa (FERREIRA O. A., 2003, p. 65), mas seus efeitos “se impõe como uma eficácia geral da coisa julgada, inclusive para o Supremo Tribunal Federal, bloqueando a renovação processual da matéria, adstrita à nulificação por inconstitucionalidade ou à afirmação de validade da norma” (SAMPAIO, 2002, pp. 232-233). Como a controvérsia foi deduzida judicialmente, essa via tem como consequência, para a resolução do conflito, a coisa julgada¹⁷⁸.

Conforme, anteriormente, salientado, existe também uma eficácia temporal dos efeitos da lei inconstitucional que podem ser: “(i) *ex tunc*, e incidência a partir de data posterior ao início da vigência; (ii) *ex nunc* e (iii) *pro futuro*” (FERREIRA O. A., 2003, p. 70).

A eficácia temporal dos efeitos da lei inconstitucional *ex tunc* desde sua edição pressupõe a adoção da tese da nulidade e da natureza declaratória da sentença. Some-se ainda, a adequação ao tipo de vício de inconstitucionalidade invocado: formal ou material. Quanto ao primeiro não resta dúvidas, pois a própria edição do ato normativo não observou os requisitos formais elencados na Constituição quanto ao procedimento ou à competência para a edição do ato normativo. Todavia, a inconstitucionalidade material denota maiores dificuldades, pois o ato normativo impugnado observou todos os requisitos formais para sua

¹⁷⁷ A ADPF é ação constitucional exclusiva do STF, e a ação direta de constitucionalidade não foi estendida para os Estados e o Distrito Federal pelo Poder Constituinte de Reforma, além do que, o § 2º do art. 125 da CF autoriza a instituição, apenas, de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Não se pode olvidar, porém, a natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade, mesmo em âmbito estadual.

¹⁷⁸ Interessante apontar, que esse efeito, não tem o condão de impedir a Corte Suprema de reexaminar a matéria em outra oportunidade e decidir até em sentido diametralmente oposto, uma vez, que os entendimentos proferidos pelo STF, vinculam os demais órgãos do judiciário, menos ele próprio. Convém esclarecer, que a inversão de sentido, modificação da orientação jurídica sobre a matéria, somente é possível na hipótese de o Supremo ter declarado a norma constitucional, e ocorra alteração nas circunstâncias fáticas. Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, ADI n. 1.460, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 17/03/1999, DJ 25/06/1999.

edição e a compatibilidade ou não com a Constituição decorrerá de interpretação explicitada na assentada de julgamento da Corte Constitucional.

A priori, o vício de inconstitucionalidade material não é auto-deduzível, pois segundo a teoria das fontes seu surgimento no ordenamento jurídico observou plenamente as normas para sua edição, o conteúdo do ato normativo é que esbarra em alguma norma ou princípio constitucional de tal modo capaz de retirar-lhe a eficácia.

Quanto a eficácia *ex nunc* indica que os efeitos da decisão ocorrerão a partir de sua prolação, afastando assim, discussões a respeito de retroatividade da deliberação judicial. A adoção dessa eficácia temporal pressupõe, no sistema concentrado, antes do advento da Lei n. 9.868/99, que possibilitou no art. 27 a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo, mediante procedimento próprio e quórum qualificado, a adoção das teses: a natureza constitutiva da decisão e a declaratória, anulabilidade da lei ou do ato normativo inconstitucional.

Antes de mergulhar na temática constitucional é necessário esclarecer os aspectos processuais da sentença constitutiva. Segundo Dinamarco “a tutela jurisdicional constitutiva consiste em dar efetividade ao direito do autor à alteração de uma situação jurídico-material que ele não deseja e pretende eliminar” (2003, p. 249).

A tutela jurisdicional dessa espécie está intimamente ligada a um direito subjetivo do autor, conferido pelo direito material. A técnica processual representada pelas “sentenças constitutivas”, como adverte ainda o mesmo autor, nada mais é que “somente um instrumental de apoio a esses direitos, oferecido para a efetivação da garantia constitucional do acesso à justiça” (DINAMARCO, 2003, p. 249).

Na jurisdição constitucional é tormentoso identificar um direito subjetivo do autor ou com melhor precisão, do legitimado, visando a alteração da situação jurídico-material definida na lei ou ato normativo impugnado na via direta, a não ser que se admita, genericamente, o direito subjetivo de não ser regido por um ato normativo inconstitucional. A adoção da tese da sentença constitutiva negativa esbarra, num primeiro momento, na dificuldade em se deduzir um direito subjetivo próprio dos legitimados na via direta que pretendem eliminar ou modificar com a decisão judicial.

Se a hipótese acima deduzida carece de maiores esclarecimentos, e o que dizer da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto¹⁷⁹, uma vez que surge uma “crise da situação jurídica¹⁸⁰” que permite à Corte Constitucional criar, reconstituir ou modificar a relação jurídica deduzida na lei ou no ato normativo impugnado, sem que órgão legislativo venha a participar desse processo¹⁸¹ de criação de uma nova relação jurídica por interpretação.

Desse modo, a tese da natureza constitutiva da decisão proferida na jurisdição constitucional padece de maiores estudos e discussões e por isso foge ao escopo do presente trabalho, porém, no que concerne à criação de novas relações jurídicas, a hipótese da declaração de inconstitucionalidade sem a redução do texto ajuda a superar algumas dificuldades práticas do tema.

A tese da anulabilidade da lei ou do ato normativo inconstitucional no regime geral do controle concentrado atribuída a Kelsen, melhor se adequa, como regra geral, para a sistematização do assunto, pois “o órgão que decide sobre a inconstitucionalidade anula um acto normativo que até ao momento da decisão é considerado como válido e eficaz” (CANOTILHO, Direito Constitucional, 1993, p. 970); especialmente, quando no enfrentamento da inconstitucionalidade material, uma vez que a lei ou ato normativo observaram todos os requisitos formais para sua edição. Desse modo, a inconstitucionalidade surgiu a partir da apreciação da questão pelo Tribunal Constitucional, uma vez que esse vício está intimamente ligado à interpretação e a argumentação deduzida.

A inserção, na lei ordinária que rege o procedimento do processo concentrado, de dispositivo¹⁸² que possibilita ao Tribunal Constitucional a adoção da eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, por simples observância de quórum qualificado de 2/3 da composição da Corte, auxilia na resolução de casos submetidos à exame, no entanto, não auxilia na sistematização do tema. Porque a regra é a eficácia *ex tunc*, retroativa, o que induz na aceitação da tese da nulidade e da sentença meramente declaratória da inconstitucionalidade preexistente.

¹⁷⁹ Técnica de julgamento da Jurisdição Constitucional que permite à Corte afastar, por entender inconstitucional, certos sentidos normativos do texto impugnado, sem contudo afastá-lo em sua totalidade.

¹⁸⁰ A expressão é de Dinamarco (2003, p. 250).

¹⁸¹ Existe a preocupação, pelo menos em alguns julgamentos do STF, em que a técnica da declaração de inconstitucionalidade foi empregada de que a Corte não se transformasse em legislador positivo, no entanto, não é possível assegurar que tal postura de autocontenção tenha sido observada em todos os julgados.

¹⁸² Art. 27 da Lei n. 9.868/99.

A Corte Constitucional brasileira, em seus julgamentos, enfrenta essa tormentosa questão de imprecisão quanto às teses de nulidade, anulabilidade da lei ou ato normativo inconstitucional, agravada com a eficácia *pro futuro*, que consistiria num *tertio genus*, em que o ato normativo ou a lei inconstitucional não seria nula em sua origem ou a partir do julgamento, mas numa data futura fixada pela Corte mediante a concordância dos membros da Corte em determinado quórum qualificado.

O exame desse tema expõe as enormes dificuldades quanto as inúmeras possibilidades dos efeitos da decisão proferida pela Corte Constitucional. A adoção ou a extensão do art. 27 da Lei n. 9.868/99 pelas Cortes Estaduais de Justiça, que também apreciam e julgam ações diretas de inconstitucionalidade de atos normativos ou leis estaduais e municipais contrários à Constituição Estadual que reproduzem normas da Constituição Federal, deveria ser vedada. Especialmente quando tais Cortes estão inseridas na apreciação e julgamento de inúmeras demandas ordinárias fundadas em muitas normas que são ou serão apreciadas na via direta e objetiva, além do que, com a competência atribuída a referidas Cortes de julgar a violação de normas da Constituição Federal reproduzidas nas Constituições Estaduais termina por retirar da apreciação do STF a violação da constituição. Não se diga que restará a um dos legitimados interpor recurso extraordinário para que a jurisdição constitucional do STF esteja aberta, porque a ausência de procedimento próprio para essa modalidade especial de apelo extremo, além dos inúmeros efeitos práticos que poderão decorrer de tais decisões, termina por dificultar o acesso ao STF e desse modo transforma a Corte Estadual, por vias transversas, na Corte que zela pela norma constitucional reproduzida na Constituição Estadual.

Outro aspecto passível de realização prática decorre da modulação de efeitos pela Corte Estadual e o provimento de eventual apelo extraordinário pelo STF, o que suscitará insegurança jurídica diante de uma norma considerada inconstitucional a partir de determinado termo por uma Corte de Justiça e fulminada posteriormente pelo Tribunal Constitucional.

Tal assunto ensejará outros estudos mais abalizados diante dos casos julgados.

CAPÍTULO 4

4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SUA ORIGEM

A compreensão do recurso extraordinário no campo de atuação das Cortes Estaduais em controle abstrato de constitucionalidade tendo como parâmetro normas constitucionais estaduais ou distritais, que reproduzam normas da Constituição Federal, para o exame da constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais, distritais ou municipais, não afasta o estudo, mesmo que brevemente, da origem desse importante apelo e sua evolução histórico-jurídica.

A denominação – recurso extraordinário¹⁸³ - foi dada pelo regimento interno do Supremo Tribunal Federal de 26/02/1891^{184 185 186}. Cabível quando a lei ou ato de qualquer Estado fosse posta em questão como contrária à Constituição e ao direito federal¹⁸⁷ ou quando a interpretação de um preceito constitucional ou do direito federal¹⁸⁸ fosse contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção¹⁸⁹. O RE nasceu da penada do movimento republicano e de ato regimental da Corte sem

¹⁸³ É preciso advertir que tal denominação não corresponde à adotada em outros países em que recursos extraordinários denominam os recursos interponíveis contra decisões já transitadas em julgado. Como observa Barbosa Moreira, “entre nós, ao contrário, a coisa julgada somente se forma quando a decisão não esteja sujeita a recurso algum (admissível!), sem exceção do extraordinário (art. 467, *fine*). A similitude da nomenclatura não deve induzir em erro o intérprete, que bem andará em abster-se de transplantar para o sistema pátrio proposições encontradas na doutrina alienígena, mas formuladas com referência a recursos ‘extraordinários’ que de comum com o nosso têm apenas o adjetivo, ou pouco mais” (2005, p. 565).

¹⁸⁴ RISTF, de 1891.

Art. 102. No julgamento destes recursos (extraordinarios) o Tribunal verificará preliminarmente se o julgado recorrido se comprehende em algumas das especies definidas nos artigos da Constituição e do Decreto n. 818, a que se refere o art. 99 deste capitulo.

Decidida a preliminar pela negativa, não tomará conhecimento do recurso; se pela afirmativa, ulgará o feito, sem que todavia a decisão, confirmatoria ou revogatoria da sentença recorrida, envolva questão diversa ou independente daquella em que a mesma sentença fôr contraria á applicação invocada de lei ou tratados federaes, á validade de algum de seus preceitos ou clausulas, á de titulo, direito, privilegio ou insenção que delles se derive, á legitimidade do exercicio de autoridade investida em funções federaes, ou em favor da validade de leis ou actos dos governos dos Estados, que tenham sido impugnados por offensivos á Constituição, lei ou tratados federaes. (SANTOS, 2005, p. 613-614).

¹⁸⁵ Barbosa Moreira registra que “a denominação passou à Lei nº 221, de 20/11/1894, art. 24, ao Decreto nº 3.084, de 5/11/1898, Parte III, arts. 678, letra *d* e 744, e a outros diplomas” (2005, p. 564).

¹⁸⁶ Explica Carlos Maximiliano que José Hygino elaborou a *Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal* – Lei n. 221, de 20/11/1894 e o Decreto n. 818/1890 que manteve a denominação de recurso extraordinário.

¹⁸⁷ Art. 9º, parágrafo único, alínea “b” do Decreto n. 848, 11/10/1890.

¹⁸⁸ Lei federal, tratado ou convenção.

¹⁸⁹ Art. 9º, parágrafo único, alínea “c” do Decreto n. 848/1890.

qualquer participação do Poder Legislativo na especificação de seu objeto ou de seus requisitos processuais e procedimentais.

Apesar da semelhança com o modelo norte-americano, implantado sob os auspícios de Rui Barbosa, as decisões proferidas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro mediante o principal instrumento de controle de constitucionalidade, na ainda incipiente república, não foram dotadas dos importantes institutos do *writ of certiorari*¹⁹⁰ ou do *stare decisis*^{191 192}, situação essa que permaneceu nas sucessivas Cartas Políticas.

Esse fato implicou em dificuldades crescente para a sistematização geral do remédio uma vez que a ausência dos institutos presentes no sistema norte-americano refletiu no funcionamento do Poder Judiciário brasileiro que não enxergou nas decisões do STF a palavra final sobre a interpretação de normas constitucionais. O que contribuiu para sucessivas crise numéricas de processo julgados pela Suprema Corte brasileira.

Tal assertiva ou constatação denota o fenômeno da importação canhesta, que se repetirá em ordens constitucionais posteriores ao implantar novos institutos jurídicos de outros países, sem a devida tropicalização¹⁹³.

Os sucessivos textos constitucionais, ao disporem sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, trataram do recurso extraordinário, em termos muito assemelhados (CF 1934, art. 76, nº 2, III; de 1937, art. 101, III; de 1946, art. 101, III; de 1967, art. 114, III; Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 119, III; e CF de 1988, art. 102, III, a, b, c, d). A estruturação jurídica do controle de constitucionalidade difuso sob a ótica do RE, em linhas gerais, foi mantida a mesma desde a proclamação da República em 1889.

¹⁹⁰ Segundo Flávia Correa Paes, ob. cit. "O *writ of certiorari* é a principal via de provocação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Nele, o recorrente (chamado de *plaintiff* ou de *petitioner*) só tem direito de apelar se houver reconhecimento da transcendência da questão federal pelo voto de no mínimo quatro ministros (a corte é composta por 9 ministros), para julgamento plenário, consoante a Rule 19 (atual Rule 17), "*is not a matter of right, but of sound judicial discretion, and will be granted only where there are special and important reasons therefor*" (PAES 2008, p.).

¹⁹¹ De acordo com Bruno Periolo Odahara "o termo *stare decisis* deriva do latim e, em sua forma original, dizia: *Stare decisis et non quieta movere*, ou seja, "mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido" (ODAHARA 2010, p.53).

¹⁹² Toni M. Fine aborda com objetividade e concisão acerca do instituto nos dias atuais em sua obra: *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, p. 76-85.

¹⁹³ A expressão indica a necessidade de adaptar para a realidade jurídico-política e social brasileira de institutos jurídicos importados de outros ordenamentos jurídicos com realidade totalmente distintas da nossa.

O recurso extraordinário tem como característica principal a provocação da manifestação da mais alta corte do país para que se manifeste acerca da questão federal¹⁹⁴ em consonância com o princípio da unidade do ordenamento jurídico¹⁹⁵ e da supremacia da Constituição.

Por se tratar de um recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, com o fito específico de tutelar a autoridade e a aplicação do direito federal, inicialmente, e por derradeiro da Carta Magna, sua compreensão descola-se do escopo de justiça no caso concreto.

Diante desse contexto, o recurso histórico evidenciou algumas fragilidades que refletirão no sistema. Por fim, o RE possui objeto e finalidades específicos que serão analisados a seguir.

4.1 OBJETO E FINALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Atualmente, o recurso extraordinário é cabível¹⁹⁶ de causas resolvidas em única ou última instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal^{197 198}. Exige-se fundamentação específica, vinculada ou limitada¹⁹⁹ para que a decisão proferida por tribunais ou turma recursal seja reexaminada pelo Supremo.

O RE visa a reforma pelo STF da decisão que adotou regra jurídica diversa da formulada pela Corte Estadual. Partindo-se do conceito de recurso no direito

¹⁹⁴ Quanto à *questão constitucional* não pode ela ser suscitada originariamente no próprio RE. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária.

¹⁹⁵ (DA SILVA O. B., 1991, 386).

¹⁹⁶ O cabimento do recurso é classificado pela doutrina processual como pressuposto entrínseco e conceituado como “a existência, num dado sistema jurídico, de um provimento judicial capaz de ser atacado por meio de recurso” (DA SILVA 1991, p. 346).

¹⁹⁷ Art. 102, inciso III, alíneas a, b, c e d, da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁸ A hipótese da letra *d* foi acrescida pela EC n. 45, de 8/12/2004. Prevaleceu, na inovação, o critério de tratar como *questão constitucional* o conflito de lei local com lei federal. Anteriormente, o tema figurava na competência do STJ (CF, art. 105, III, *b*).

¹⁹⁹ Esse critério de classificação dos recursos (fundamentação livre, ou ilimitada e de fundamentação vinculada ou limitada) exige que “além da sucumbência, pressupõe outros requisitos de admissibilidade” (DA SILVA 1991, p. 346) para que o órgão julgador reexamine a matéria impugnada

processual civil brasileiro como “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”, tem-se que o recurso extraordinário visa a reforma da decisão recorrida; isto é, “visa a obter do órgão *ad quem* (STF) a formulação, para a hipótese, de regra jurídica concreta diferente daquela formulada pelo órgão *a quo*” (BARBOSA MOREIRA J. C., 2005, p. 231).

A finalidade precípua do apelo extraordinário é manter, dentro do sistema federal e da descentralização do Poder Judiciário, a autoridade e a unidade da constituição²⁰⁰. Coexistem, no Estado Federal, ordens jurídicas parciais dos entes públicos autônomos que inovam o direito interno de acordo com as regras de competências definidas. Essa coexistência da capacidade legislativa dos entes federados necessita de uma Corte com competência para solver os conflitos entre tais ordens parciais e a geral e, assim preservar a força normativa da constituição.

A competência recursal do STF, no âmbito estrito do RE objeto do estudo (acórdãos proferidos pelos TJ's em ADI estadual e distrital), tem o nítido caráter uniformizador do direito produzido pela União com o dos demais entes federais. A federação defere aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a capacidade de auto-organização por meio de produção de legislação própria nos assuntos delimitados na Constituição Federal. Essa capacidade, presente na federação, permite a coexistência, num mesmo território, e para uma mesma população, de leis federais, estaduais e municipais, que muitas vezes estão em choque em razão de sobreposições e invasões de competências de um ente em face do outro.

A simultaneidade de normas jurídicas e os problemas decorrentes de centralização e descentralização, “na verdade, [...], são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgãos que as criam e aplicam” (KELSEN, Teoria Geral do Direito e do Estado, 1992, p. 297). A ordem jurídica total ou nacional é formada pela ordem jurídica central [que também é uma ordem jurídica parcial] e pelas ordens jurídicas parciais (KELSEN, Teoria Geral do Direito e do Estado, 1992, p. 298), que no país engloba além dos Estados e o Distrito Federal, também os municípios.

²⁰⁰ Pode haver recurso extraordinário de decisão de qualquer outro tribunal, até mesmo do STJ. Por outro lado, a Constituição revogada (1967, com a Emenda nº 1/1969) somente admitia RE contra acórdãos de tribunais. A Carta de 1988, no entanto, de um lado limita o recurso à matéria constitucional apenas, e de outro fala genericamente em “causa decidida em única ou última instância” (art. 102, III). Logo, passou a caber o apelo extremo contra qualquer sentença de instância única, desde que o objeto da impugnação recursal seja matéria constitucional federal.

As normas jurídicas que autorizam o recurso extraordinário são aquelas da ordem jurídica central aplicáveis a todos os membros da comunidade central, e não apenas para alguns membros destacados em face da “esfera pessoal” deste ou daquele ente (KELSEN, Teoria Geral do Direito e do Estado, 1992, pp. 298-299).

Autorizam a interposição do recurso extraordinário as normas constitucionais centrais e as leis nacionais²⁰¹ aplicáveis a todos as pessoas no território nacional, uma vez que existem normas da Constituição que embora sejam elaboradas por normas produzidas pelo Poder Legislativo federal, não pelo Poder Constituinte originário, incidem apenas sobre as pessoas da União²⁰².

O RE possui, nesse contexto, relevante papel, que, porém, é obstado pelo incremento de requisitos de admissibilidade decorrentes da jurisprudência do STF e das sucessivas modificações legislativas.

Tais requisitos obstam o exame pelo Supremo Tribunal de decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, em demandas oriundas de ações diretas de inconstitucionalidade onde são aplicadas normas da Constituição Federal em possível desarmonia com a efetivada pela Corte Suprema. Tais requisitos serão analisados a seguir.

4.2 OBJETIVOS E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Constituição Federal estabeleceu no art. 102 o cabimento do recurso extraordinário de causas decididas em única ou última instância nas hipóteses estabelecidas nas alíneas do inciso III. Instituiu ainda o requisito de admissibilidade da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, § 3º)²⁰³.

²⁰¹ Leo Leony esclarece que: “É possível observar, da leitura de seu texto, que a Constituição da República Federativa do Brasil é a lei fundamental de todo o Estado federal, quando, por exemplo, estatui normas centrais cuja validade abrange todo o território nacional e todas as entidades componentes da Federação. Mas também é a lei fundamental da União, quando estabelece diversas normas que, embora válidas para o território inteiro, apenas se consideram diretamente obrigatórias para esta entidade federativa central” (LEONCY 2007, p. 8-9).

²⁰² São exemplos disso: os artigos 34 e 237, parte final da Constituição de 1988, ou mesmo a Lei n 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que embora sejam normas territorialmente gerais, pelo critério pessoal, disciplinam apenas situações restritivas (LEONCY, 2007, pp. 8-9).

²⁰³ Esse requisito foi adicionado pela EC nº 45, de 2004.

Numa leitura apressada pode o interessado entender que basta a demonstração da hipótese de cabimento do recurso e da repercussão geral para que o RE seja conhecido e julgado pelo STF. Ocorre, porém, que a recorrência das sucessivas crises numéricas de processos que chegavam à Corte Suprema, incrementou o juízo de admissibilidade²⁰⁴ do apelo extremo no sentido de estreitar-lhe o acesso ao tribunal. Como foi exposto adrede, as decisões proferidas pelo Supremo não possuíam qualquer efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, exigindo a análise e o julgamento individual de todos os processos encaminhados, numa autêntica função de Corte de Revisão.

Vários requisitos de admissibilidade aplicados ao recurso extraordinário²⁰⁵ são colacionados pela doutrina, interessa, no entanto, a exigência referente à questão federal que deve figurar no decisório recorrido; isto é, deve ter sido anteriormente enfrentada pelo tribunal *a quo*²⁰⁶. Nesse sentido, fala-se em prequestionamento^{207 208} como requisito de admissibilidade do extraordinário.

Fredie Didier qualifica o instituto como um “passo na verificação da incidência do suporte fático hipotético do recurso extraordinário no suporte fático concreto” (2009, pp. 255-256), em outros termos, no “exame da tipicidade do texto constitucional”.

O exame acurado do requisito de admissibilidade ora examinado, diante dos diferentes tipos de recursos extraordinários apreciados STF, aponta para sua

²⁰⁴ São requisitos de admissibilidade do RE: i) prévio esgotamento das instâncias ordinárias; ii) prequestionamento; iii) questões de fato; iv) tempestividade e, v) preparo (KLIPPEL & BASTOS, 2011, pp. 830-852).

²⁰⁵ “i) prévio esgotamento das instâncias ordinárias; ii) prequestionamento; iii) questões de fato; iv) tempestividade e, v) preparo (KLIPPEL & BASTOS, 2011, pp. 830-852).

²⁰⁶ Quanto à *questão constitucional* não pode ela ser suscitada originariamente no próprio RE. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária.

²⁰⁷ Outros doutrinadores enxergam a origem e a razão do instituto a Lei Judiciária norte-americana de 24/09/1789 (*Judiciary Act*). Nesse sentido foi o voto do Ministro Alfredo Buzaid, do Supremo Tribunal Federal, relator do ERE 96.802(AgRg)-RJ, ao afirmar:

“5. A idéia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de writ off error”.

²⁰⁸ Para o Min. Buzaid: [...]O recurso extraordinário, como a própria denominação indica, só tem por fundamento as questões de direito, que a Constituição da República especifica no artigo 119, III, letras a, b, c e d, desde que a transgressão a esses dispositivos tenha ocorrido no tribunal de origem, onde as questões foram ventiladas. [...]. O direito brasileiro resolveu este problema, determinando que a parte, antes de interpor o recurso extraordinário, ofereça, embargos de declaração, consoante a Verbete nº 356 da Súmula: «O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento». ERE 96.802(AgRg)-RJ.

incompatibilidade com os recursos oriundos de ações diretas de inconstitucionalidades julgadas pelas Cortes de Justiça Estadual tendo como parâmetro de controle norma da constituição federal reproduzida pela Constituição Estadual ou pela Lei Orgânica do Distrito Federal. Porque a norma aplicada e tida por violada pela Corte Estadual é a constitucional, reproduzida, replicada ou apenas por alusão na Carta Política estadual. Assim, a violação se dá diretamente à interpretação da norma constitucional pelo Tribunal de Justiça.

A adoção do prerequisite examinado afasta do STF o conhecimento de causas acerca da violação de norma da Constituição Federal, mesmo nas hipóteses de reprodução *ipsis literis* de seus preceitos na Carta estadual. A interpretação derradeira da norma constitucional replicada no diploma normativo estadual fica a cabo da Corte Estadual.

A exigência do prequestionamento nessas hipóteses é infundada, pois bastaria ao recorrente identificar a similaridade entre o parâmetro de controle estadual e o constitucional para a admissibilidade do apelo extremo. Como exemplo de exigência indevida do prequestionamento para inadmitir o recurso cita-se o RE nº 589.814/DF interposto de acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade distrital.

Destaque-se da decisão

[...]

Inicialmente, verifico que a alegada ofensa ao disposto no art. 150, I, da Constituição federal não foi ventilada no acórdão recorrido e também não foi objeto de embargos de declaração. Falta-lhe, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF). [...]

Discutia-se, no caso citado, a violação das normas do art. 145, inciso II da Constituição Federal²⁰⁹ reproduzidas, *ipsis litteris*, pelo artigo 125, inciso II da Lei Orgânica do DF²¹⁰.

²⁰⁹ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (Editora Saraiva 2011, p. 84).

²¹⁰ “Art. 125. Compete ao Distrito Federal instituir os seguintes tributos:

[...]

II – taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (VARGAS 2008, p. 174).

Conforme exposto, o recurso não foi admitido por ausência de prequestionamento. Exigir tal requisito de admissibilidade no julgamento do recurso do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, uma vez que a competência originária de julgar a ação direta seria do próprio STF, é um contrassenso porque a norma tida por violada seria da própria Constituição Federal.

O prequestionamento, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, na hipótese de norma constitucional reproduzida na Carta Estadual é incompatível com os recursos extraordinários interpostos de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas originariamente pelos Tribunais de Justiça pois a interpretação final acerca da violação ou não da Constituição deveria ser do STF e não da Corte de Justiça do estado.

Outro requisito negativo de admissibilidade²¹¹ de recursos extraordinários em acórdãos proferidos em ADI estaduais identificado na jurisprudência do Supremo diz respeito à ausência de questões de fato. Ultrapassada aquela etapa, o objeto do mérito dessa modalidade de RE é o próprio vício de juízo proferido pela Corte de Justiça Estadual ou do Distrito Federal resultante de má apreciação da questão de direito (norma da Constituição Federal replicada na Carta Estadual), uma vez que nesse processo não existe questão de fato (BARBOSA MOREIRA J. C., 2005, pp. 264-265).

Para Fredie Didier (2009, pp. 69-70) o *erro in iudicando* “é um dado que investiga no conteúdo da decisão: o juiz decidiu mal, apreciou mal aquilo que lhe foi submetido para ser decidido. Trata-se de fato jurídico que enseja a reforma da decisão recorrida”

Mesmo esdrúxulo, diante da evidente natureza objetiva da demanda, o STF aplica esse critério para negar seguimento a apelos extraordinários. Nesse sentido, apresenta-se a decisão proferida pela Corte de inadmitir²¹² o apelo extremo²¹³ sob

²¹¹ Que “tem como efeito precípua o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*” (BARBOSA MOREIRA J. C., 2005, p. 262)

²¹² O STF utiliza a expressão negar seguimento em vez de inadmitir o recurso.

²¹³ No RE 589814/DF o relator Min. Joaquim Barbosa negou seguimento a RE interposto de acórdão proferido pelo TJDF na ADI 20070020052227 que havia julgado improcedente o pedido de inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 3.932/2006 que instituiu a taxa de licenciamento anual de veículos, tendo como um dos fundamentos a vedação de exame fático-probatório.

escólio de reexame do “quadro fático-probatório” vedado pelo verbete 284/STF ²¹⁴, mesmo diante do caráter objetivo da demanda na qual foi interposto o recurso.

Exige-se, por último, como requisito de admissibilidade do recurso a demonstração da *repercussão geral*^{215 216} *das questões constitucionais discutidas no caso*²¹⁷.

Criada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, essa condição procedimental exige da parte a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (CF, art. 102, § 3º). Por repercussão geral²¹⁸, a lei define aquela condição que se origina de questões “que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que as questões repercutam fora do processo e se mostrem “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (art. 543-A, § 1º). Há na lei a previsão de alguns casos em que a repercussão geral é

²¹⁴ Súmulas do Supremo Tribunal Federal – “284. É inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Editora Saraiva 2011, p. 1608).

²¹⁵ O Controle de admissibilidade criado pelo novo § 3º do art. 102 da Constituição é específico do RE, pelo que não poderá ser estendido ao RO perante o STF; e tampouco ao REsp e outros recursos manejáveis no âmbito do STJ.

²¹⁶ Vide artigos “A repercussão geral no RE e a uniformização da jurisprudência nacional” de José dos Santos Carvalho Filho. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/430/278>. Acesso em: 4/mai./2011, e “A repercussão geral no pensamento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito” de Paulo Paiva. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/434/282>. Acesso em: 4/mai./2011.

²¹⁷ O STF entendeu que a repercussão geral seria exigida apenas para os recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental 21/2007 ao RISTF (QO AI n. 664567/RS), que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto. Assim, os RE's anteriores não devem ter seu seguimento denegado por ausência da demonstração da repercussão geral. No entanto, os RE's anteriores e posteriores, quando múltiplos, sujeitam-se a sobrestamento, retratação e reconhecimento de prejuízo, podendo ser devolvidos à origem, se já pendentes no STF, sempre, que versarem sobre temas com repercussão geral reconhecida pelo STF (art. 543-B, §§ 1º e 3º, RE-QO AI 715.423, Min. Gilmar Mendes; RE-QO 540.410, Rel. Min. César Peluso).

²¹⁸ Para Flávia Correa Paes “é um pressuposto recursal específico do recurso extraordinário que tem por intuito funcionar como mecanismo de filtragem dos recursos da Suprema Corte” (PAES, 2008, p. 37).

categoricamente assentada. São eles: decisão recorrida que contraria (a) súmula²¹⁹ ou (b) jurisprudência dominante do STF²²⁰ (art. 543-A, § 3º).

O julgamento da repercussão geral ocorre, originariamente, na turma, se esta decidir pela existência da repercussão, por no mínimo 4 votos, não será necessário remeter o RE ao Plenário do STF. Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do RISTF. É admitido o *amicus curiae*, por decisão do relator. Julgada a existência ou não da repercussão geral, a Súmula da decisão constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

A decisão proferida pelo STF no recurso extraordinário pode variar conforme o processo examinado, especialmente quanto aos processos de demandas de massa. A sociedade de atual com suas demandas repetitivas, especialmente as decorrentes de planos econômicos, tributárias e consumeristas, “fundadas em situações de fato análogas, em relação às quais a lei deve ser aplicada de modo idêntico, sob pena de que se observe a violação ao princípio constitucional da isonomia” (KLIPPEL & BASTOS, 2011, p. 852), além do princípio da segurança jurídica.

Tal requisito foi instituído para atender essa especificidade das demandas de massa, em sede de RE, o procedimento de coletivização da tutela individual que permite ao STF o exame da controvérsia sob o requisito da “Repercussão Geral”, previsto no art. 543-A do Código de Processo Civil, e posterior julgamento da tese constitucional, caso se entenda que nela exista a repercussão com base no art. 543-B do CPC.

Destaca-se do procedimento adotado, resultado de simbiose entre as normas do código processual com as regimentais da Corte Suprema, em que é julgado o mérito do RE, após a admissão da repercussão geral, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratarem-se, ou mantida a

²¹⁹ A súmula, *in casu*, não precisa ser a vinculante, mas apenas a que retrate jurisprudência assentada, pois, mesmo sem súmula, a repercussão geral estará configurada em qualquer julgamento que afronte “jurisprudência dominante” do STF (THEODORO JR., 2010, p. 651).

²²⁰ Por jurisprudência dominante, deve-se ter a que resulta de posição pacífica, seja porque não há acórdãos divergentes, seja porque as eventuais divergências já tenham se pacificado no seio do STF (THEODORO JR., 2010, p. 651).

decisão e admitido o recurso pelo tribunal *a quo*, poderá o STF, nos termos do RISTF, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Apesar de não contemplada na legislação regulamentadora do instituto, entendeu o STF que a repercussão geral estaria também presente nos recursos extraordinários interpostos de acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça em sede de ações diretas de inconstitucionalidade.

O fechamento da via de acesso do recurso extraordinário de acórdão proferidos em ADI's estaduais ou distrital, por requisitos de admissibilidade subjetivos quando a demanda é eminentemente objetiva²²¹, esvazia o papel do STF como guardião da Constituição, especialmente quando a demanda é objetiva e voltada para a interpretação de normas.

O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial, de recursos extraordinários interpostos de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas originariamente pelo Tribunal de Justiça do DF, confirma a rejeição do apelo extremo por ausência de tal requisito de admissibilidade processual no RE 565.506/DF²²².

O tratamento diferenciado do recurso extraordinário em ADI estadual ou distrital se justifica não apenas no juízo de admissibilidade, mas também no exame de mérito, pois um de seus efeitos possíveis é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, distrital ou municipal, que pelo próprio sistema gozam de presunção de constitucionalidade e exigem quórum qualificado.

Assim, diante de tal fato, o exame de mérito do RE em ADI estadual ou distrital necessita também de tratamento diferenciado. O assunto será objeto de análise a seguir.

4.3 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E OS EFEITOS DA DECISÃO

²²¹ RE 589.814 (ADI 20070020052227 – Tribunal de Justiça Estadual), Rel. Min. Joaquim Barbosa, despacho negando seguimento ao recurso extraordinário, DJ 18/10/2011, p. 125, com fundamento em: 1) ausência de prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF), 2) ofensa reflexa ou indireta à Constituição (Súmula 636/STF) e 3) reexame do quadro fático-probatório (Súmula 279, 283 e 284/STF).

²²² (RE-565506 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 29/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-14 PP-02949).

Superada a fase da admissibilidade, o recurso extraordinário será julgado por uma das Turmas do Supremo²²³. Todavia, existe a possibilidade do processo ser encaminhado para o Pleno (art. 6º, II, b, RISTF) ou ainda ser apreciado monocraticamente (art. 21, §§ 1º e 2º do RISTF).

O sistema recursal brasileiro permite que diferentes decisões possam advir da análise do pleito, seja em razão do órgão julgador, monocrático ou colegiado, seja em face do conhecimento e do mérito, ainda vinculante ou não. Não existe segurança alguma se o recurso será julgado monocraticamente ou pelo colegiado e se a súmula e a jurisprudência dominante serão observados.

As reformas legislativas realizadas foram incapazes de enfrentar a gênese do problema: ausência de qualquer vinculação aos precedentes do Tribunal competente para julgar o recurso. Divergências manifestas de teses julgadas em processos serão solvidas pelos Tribunais Superiores, no caso em apreço, pelo Supremo.

O julgamento do recurso extraordinário também padece das idiosincrasias acima relatadas pois, não basta ao recorrente apontar uma das hipótese de cabimento do recurso estabelecidas no inciso III do art. 102 da Constituição Federal acrescida da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, uma vez que o apelo extremo, quando admitido, poderá ser julgado no mérito, monocraticamente, pelo órgão fracionário ou pelo pleno. Essa pleora de possibilidades procedimentais resulta em mais recursos e demora na prestação jurisdicional.

O procedimento do recurso extraordinário carece de maior racionalização no sentido de criação de subclasses com vistas à celeridade na apreciação e à segurança jurídica nas teses adotadas pelo tribunal. Exemplo latente dessa situação ocorre com os recursos extraordinários interpostos de acórdãos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal de Justiça do DF. Apesar da importância dos aludidos recursos, pois decorrem da simbiose entre o controle direto de constitucionalidade deferido às Cortes de Justiça Estaduais e Distrital e o controle difuso de constitucionalidade deferido ao STF, não existe qualquer tratamento

²²³ Art. 9º, inciso III do RISTF, atualizado até novembro de 2011.

diferenciado em sua tramitação²²⁴. Tal RE é autuado como um outro qualquer, sequer é obrigatória a menção de tratar-se de controle de constitucionalidade²²⁵.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos estaduais ou distritais em sede de controle direto de constitucionalidade levado à efeito pelas Cortes de Justiça Estaduais não possuem tratamento específico correspondente à importância do assunto na jurisdição recursal da Corte Suprema. É possível, *exempli gratia*, que a Corte Estadual não declare a inconstitucionalidade do ato normativo estadual ou municipal e o Supremo entenda o contrário. Significa, então, que a lei estadual ou municipal será declarada inconstitucional. Nessa hipótese, a Constituição Federal²²⁶ exige o voto qualificado para o julgamento da matéria.

No tópico seguinte será analisada a questão referente aos poderes do relator inclusive quanto ao julgamento do RE em ADI.

4.3.1 OS PODERES DO RELATOR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O relator no STF tem poderes regimentais para monocraticamente: a) negar seguimento por ser inadmissível, improcedente, contrário à jurisprudência dominante ou à súmula²²⁷; b) reformar, liminarmente, nas mesmas hipóteses acima²²⁸ e ainda dar provimento quando divergente com a súmula do Tribunal²²⁹.

Tais poderes foram aplicados no RE nº 376.440/DF. A inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 2.583²³⁰, de 31/08/2001 foi declarada, monocraticamente, de forma indireta sem a observância da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição Federal^{231 232}.

²²⁴ Art. 55, inciso XXII do RISTF.

²²⁵ Nos RE's nº 538634 e 577025 não existe qualquer referência no campo detalhes do sítio do STF a informação quanto a matéria recorrida referir-se a Controle de Constitucionalidade.

²²⁶ Art. 97 da CF/88.

²²⁷ Art. 21, § 1º do RISTF.

²²⁸ Parte final do § 1º, do art. 21 do RISTF.

²²⁹ Art. 21, § 2º do RISTF.

²³⁰ A Corte Distrital julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 2.583/2001, e desse acórdão foi interposto recurso extraordinário.

²³¹ O relator deu provimento a agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitira recurso extraordinário de acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente: "[...]. Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente agravo de instrumento, para, desde logo, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º). Publique-se. Brasília, 18 de dezembro de 2009" (AI nº 751.420/BA, DJe de 12/02/10). "Cabe observar, finalmente, tratando-se da hipótese prevista no art. 125, § 2º, da Constituição da República,

Em outro processo foi adotada a sistemática de demandas de massas por decisão monocrática. Tal procedimento foi adotado no RE 538.634/DF oriundo de ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do DF. O relator Min. Dias Toffoli proferiu decisão nesses termos

Decisão: Vistos. Esta Corte concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nestes autos ao examinar o RE nº 607.940/DF²³³. O assunto corresponde ao Tema nº 348 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata da “obrigatoriedade, ou não, de seguir o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, a fim de se definir a constitucionalidade, ou não, da Lei Complementar Distrital nº 710/2005, que dispõe sobre Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas – PDEU, para fins de estabelecimento de condomínios fechados, de forma isolada e desvinculada do plano diretor”. Assim, nos termos do artigo 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que seja aplicado o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil²³⁴.

Desse modo, foi aplicado um instituto voltado a demandas de massa para uma causa sem tais características.

que o provimento e o improvimento de recursos extraordinários interpostos contra acórdãos proferidos por Tribunais de Justiça em sede de fiscalização normativa abstrata têm sido veiculados em decisões monocráticas emanadas dos Ministros Relatores da causa no Supremo Tribunal Federal, desde que, tal como sucede na espécie, o litígio constitucional já tenha sido definido pela jurisprudência prevalecente no âmbito deste Tribunal (RE 243.975/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 334.868-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS BRITTO - RE 336.267/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO - RE 353.350-AgR/ES, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 369.425/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RE 371.887/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - RE 396.541/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 415.517/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 421.271-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 444.565/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 461.217/SC, Rel. Min. EROS GRAU - RE 501.913/MG, Rel. Min. MENEZES DIREITO - RE 592.477/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - RE 601.206/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.). Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º-A). Publique-se. Brasília, 11 de novembro de 2009” (RE nº 470.928/RS, DJe de 04/02/10). Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação procedente, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 2.583/2000, do Distrito Federal. Publique-se. Brasília, 17 de junho de 2010. Ministro DIAS TOFFOLI Relator.

²³² Até a presente data (14/nov./2011), encontra-se pendente de julgamento o agravo regimental interposto.

²³³ O extraordinário teve a repercussão geral admitida com o voto do relator Min. Ayres Britto e do Min. Marco Aurélio, vencido o Min. Gilmar Mendes. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+607940%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+607940%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao>. Acesso em 14/nov./2011.

²³⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+588295%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em 14/nov./2011.

Outro ponto relevante ainda quanto o julgamento do RE em ADI diz respeito à competência originária das Turmas do STF. O assunto será examinado em sequência.

4.3.2 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM ADI POR TURMA

O fracionamento do Tribunal em Turmas atendeu à necessidade de aumentar a quantidade de processos examinados e julgados pela Corte, marcada por inúmeras crises numéricas que serão abordadas ao longo do trabalho porém, no que tange ao recurso extraordinário interposto em ADI estadual, é perfeitamente possível que a Turma ao dar provimento ao apelo extremo termine por declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou distrital sem a observância da norma expressa no art. 97 da Constituição Federal. A Turma é composta por cinco membros enquanto a maioria absoluta na Corte Suprema é alcançada com seis votos.

Diante disso, as Turmas do STF detém a competência originária para julgar os recursos extraordinários sem qualquer distinção quanto ao objeto da demanda, o que denota a ausência de regramento específico que a matéria examinada requer.

Em seguida serão examinados os possíveis efeitos da decisão proferida no RE diante de sua eminente objetivação.

4.4 OS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A OBJETIVAÇÃO

A interposição e o recebimento do RE gera efeitos de natureza apenas devolutiva, limitados à “questão federal” controvertida. Não fica a Suprema Corte investida de cognição quanto à matéria de fato, nem quanto a outras questões de direito não abrangidas pela impugnação do recorrente e pelos limites fixados na CF para o âmbito do recurso.

Zavascki constata a existência de duas grandes espécies de questões constitucionais no julgamento dos processos envolvendo situações concretas pelo

STF, na sua competência originária ou recursal, no controle incidental de constitucionalidade: "(a) as que dizem respeito à legitimidade de preceito normativo; e (b) as que envolvem aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto, independentemente do juízo sobre a constitucionalidade da intermediação legislativa ordinária" (2001, p. 25).

A primeira espécie decorre da ausência de vícios formais na elaboração do preceito normativo, em face da observância dos limites de competência legislativa e das regras de processo legislativa, especialmente quanto à iniciativa do projeto de lei, e ainda, da compatibilidade material. A aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto deflui do exercício da função jurisdicional de dizer o direito para solucionar a lide.

A questão constitucional em recursos extraordinários interpostos de acórdãos julgados por Corte Estadual ou Distrital em ADI originária limita-se ao exame da interpretação dada por esta quanto à legitimidade do preceito normativo impugnado em face de norma constitucional com duplo fundamento: da constituição estadual ou da lei orgânica do DF e da Constituição Federal.

Outra constatação de Zavascki sobre o tema deriva da relação imbricada entre a eficácia das decisões proferidas "na jurisdição dos casos concretos", que seria apenas *inter partes*, quando o órgão julgador faz um juízo de validade entre a norma impugnada e a norma constitucional em face dos princípios da igualdade e da segurança jurídica (2001, p. 26).

A mesma norma jurídica não poderia ser constitucional para parte dos processos julgados e inconstitucional para outra parcela. Se nos casos concretos essa premissa é verdadeira, mais ainda, diante da hipótese de interpretação proferida por vinte e sete Cortes de Justiça estaduais das normas da Constituição Federal reproduzidas nas Constituições dos Estados e na Lei Orgânica do Distrito Federal, pois, a interpretação da Carta Política brasileira não pode ser uma para o Acre e outra para o Rio Grande do Sul, e uma terceira para Goiás²³⁵.

²³⁵ Gilmar Mendes defende uma atuação propositiva da Corte Constitucional brasileira no sentido de reconhecer a objetivação do recurso extraordinário em artigo ainda não publicado, no sentido de: (1) superar o caráter subjetivo de defesa dos interesses das partes no RE, e de reconhecer a função do RE de defesa da ordem constitucional objetiva; (2) superar a jurisprudência defensiva da Corte quanto à supersubjetivação da lide quanto ao conhecimento de questões constitucionais, mesmo com a ausência de certos requisitos formais (RE 418.918, Rel. Min. Ellen Gracie); (3) comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada, pois a declaração de constitucionalidade em RE importa na improcedência das ADI'S com o mesmo objeto (ADI 4.071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito e RE 377.457 e 381.964); (4) modulação dos efeitos do *decisum* (HC 82.959 e RE 197.917).

Eduardo Appio vai além dos aspectos acima mencionados ao propor uma quebra de paradigma ao defender que a decisão proferida pelo juiz no sistema difuso é sempre em abstrato, pois

O controle é sempre abstrato, mesmo quando utilizado pelo juiz singular no caso concreto, do que se deduz que não existe, no Brasil, controle concreto de constitucionalidade das leis. O juiz singular, ao rejeitar a aplicação de uma lei federal, porque incompatível com a Constituição, não pode considerar as peculiaridades do caso concreto, mas tão-somente aferir da compatibilidade no plano político (objetivo), assim como faria seu colega no Supremo Tribunal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (2005, p. 73).

A posição acima representa uma ruptura com a doutrina tradicional, pois, se é factível que o juiz pós positivista rompeu com a compreensão formalista da aplicação do direito de uma norma jurídica a um ou mais fatos particulares “à estrutura de um silogismo” (REALE, 2002, p. 301). Uma vez que, na síntese precisa de Reale,

[...], a norma não fica *antes*, nem o fato vem *depois* no raciocínio do juiz, pois este não raro vai da norma ao fato e vice-versa, cotejando-os e aferindo-os repetidas vezes até formar a sua convicção jurídica, raiz de sua decisão (2002, p. 301)²³⁶.

Se a subsunção pós positivista entre o fato e a norma rechaça o silogismo lógico formal, quanto mais, o cotejo realizado pelo juiz entre a norma constitucional e a infraconstitucional. Se a norma infraconstitucional for incompatível, o juiz decidirá conforme os preceitos normativos da constituição, superada a primeira fase do crivo do exame de constitucionalidade da norma infraconstitucional, resultará na aplicação desta ao caso concreto.

Desse modo, assiste razão à Eduardo Appio em sua tese de que não existe controle concentrado de constitucionalidade, mas a diferença entre os sistemas resulta da eficácia da decisão proferida na via direta ou recursal difusa.

Guilherme Azem reforça esse entendimento ao sustentar a instrumentabilidade objetiva do recurso extraordinário, ou seja,

Trata-se de instrumentabilidade que se destina a permitir que o recurso extraordinário atenda aos seus fins. Relaciona-se, dessa forma, com a defesa e a manutenção, pelo Supremo Tribunal Federal, da ordem objetiva (a Constituição). [...]. Relativiza-se a rigidez da forma para que o instrumento atinja sua finalidade (AZEM, 2011, p. 208).

²³⁶ Inocêncio Coelho é mais poético ao lembrar a afirmação metafórica de Robert Alexy o movimento do magistrado como um “balançar de olhos” (COELHO 2007, p. 28).

Atualmente, requisitos meramente procedimentais terminam por retirar da Corte Suprema o exame de decisões acerca da interpretação de normas da Constituição em processos julgados originariamente pelos TJ's, conforme explicitado anteriormente. Sendo que tal situação é replicada e potencializada pelo número de processos julgados em instâncias originárias estaduais e de Cortes.

Assim, a defesa da eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em sua competência recursal passa por uma ruptura paradigmática para superar o óbice procedimental imposto pelo artigo 52, inciso X da CF quanto a aparente dependência do Tribunal a edição da resolução do Senado Federal para alcançar aquele efeito²³⁷.

No entanto, tal exigência estabelecida desde a Constituição de 1934, está superada diante da possibilidade da Corte de editar súmula²³⁸ vinculante²³⁹. Foi o ocorreu com a declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime na lei de crimes hediondos, pois a decisão foi proferida no julgamento do HC nº 82959, relator Ministro Marco Aurélio²⁴⁰.

Apesar da decisão, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco recusou-se a observar o julgado em razão de ausência

²³⁷ Inciso X, do art. 52 da Constituição Federal de 1988.

²³⁸ Etimologicamente, "súmula" é diminutivo de "suma", do latim "summa", que significava "o total", "a totalidade", e também "resumo epítome". São universalmente conhecidas e celebradas a *Summa Theologica* e a *Summa contra Gentiles* de Santo Tomás de Aquino. [...]. Cabe aqui um pouco de história. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal, a fim de facilitar o trabalho de juízes e advogados, resolveu compendiar as teses jurídicas firmemente consagradas em suas decisões e, para tanto, instituiu uma "Súmula da jurisprudência predominante", composta de certa quantidade (que, com o tempo, aumentaria) de proposições que traduziam aquelas teses. A "Súmula", sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita "pelo número do enunciado", dispensaria perante a Corte, "a indicação complementar de julgados no mesmo sentido". Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: [...]. Em todos os casos, a denominação oficial de "Súmula" corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das teses compendiadas. O modo de citar a "Súmula", pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer "nº x da Súmula" ou "Súmula nº x". Mas passou-se a falar com frequência de "Súmula nº x", sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma "súmula" (BARBOSA MOREIRA J. C., 2005, pp. 42-43).

²³⁹ Art. 103-A da Constituição Federal de 1988, acrescido pela EC nº 45, de 8/12/2004.

²⁴⁰ PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

efeito vinculante e resolução editada pelo Senado Federal (art. 52, inciso X da CF). A Defensoria Pública da União ajuizou reclamação²⁴¹ perante o Supremo, cujo julgamento foi interrompido, nesse intervalo, porém, foi editada o enunciado vinculante nº 26²⁴².

Desse modo, o STF criou, por vias transversas, o *stare decisis* à brasileira²⁴³, pois dotou de efeito vinculante e eficácia geral para os demais órgãos do judiciário uma decisão proferida no modelo difuso de constitucionalidade.

A essência do processo de objetivação do recurso extraordinário quando cotejados os modelos difuso e direto de controle de constitucionalidade são sintetizados por Gilmar Mendes

Nos modelos concentrado, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade (*zullassigkeitsvoraussetzungen*). O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (*entscheidungserheblichkeit*) pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer evento do cotidiano (*Lebenvorgang*). Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratos, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo Tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, consequências jurídicas idênticas (2003, pp. 462-463).

Significa dizer, o mais relevante seria a preservação do princípio da inércia da jurisdição, que impede o juiz de agir de ofício, sem descurar ainda das causas de cunho federalista, uma vez que as Cortes de Justiça Estaduais também apreciarão a norma constitucional, replicada ou reproduzida no texto da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal.

A simples abertura procedimental não deve ser o critério único para a superação de entraves para a simples objetivação do recurso extraordinário,

²⁴¹ Reclamação 4335/DF.

²⁴² SÚMULA VINCULANTE Nº 26 □ □ PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA POR CRIME HEDIONDO, OU EQUIPARADO, O JUÍZO DA EXECUÇÃO OBSERVARÁ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, SEM PREJUÍZO DE AVALIAR SE O CONDENADO PREENCHE, OU NÃO, OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO BENEFÍCIO, PODENDO DETERMINAR, PARA TAL FIM, DE MODO FUNDAMENTADO, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032. Acesso em: 17/out/2011.

²⁴³ "O termo *stare decisis* deriva do latim e, em sua forma original, dizia: *Stare decisis et non quieta movere*, ou seja, 'mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido'". (ODAHARA 2010, p. 53).

considerando as demandas comuns quanto ao RE em ADI estadual, o tópico seguinte abordará a questão com maior precisão.

4.4 O RE EM ADI JULGADA PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

O Estado federal brasileiro permite a convivência entre as ordens jurídicas parciais dos Estados e o Distrito Federal com a ordem jurídica total do ente central. A Constituição delimita os limites de cada uma dessas ordens jurídicas no sentido de preservação da unidade do direito federal e da autonomia dos entes parciais.

A rigor os entes parciais deveriam normar apenas as matérias definidas pela Constituição e respeitar aquelas outras reservadas para o ente central, e vice versa. Como o recurso extraordinário destina-se a resguardar apenas a higidez da ordem jurídica total consubstanciada em sua Carta Magna, não faria sentido falar em recurso extraordinário de decisão proferida em que aquela ordem jurídica central sequer foi parâmetro²⁴⁴ para o exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo com ela incompatível.

No entanto, os Estados-membros e o Distrito Federal, no exercício de sua autonomia, não se limitam a dispor sobre assuntos e temas de suas competências definidas na Constituição Federal. Várias normas constitucionais são reproduzidas nas ordens jurídicas parciais, seja por citação expressa ou por mera alusão.

Tais normas constitucionais reproduzidas e, por conseguinte, violadas por atos normativos editados pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios servem de parâmetro de controle em julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade proferidos pelos Tribunais de Justiça como normas integrantes da respectiva constituição estadual. A princípio, essa engenharia jurídica afastou do Supremo Tribunal a competência originária para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade decorrentes da incompatibilidade do ato normativo estadual ou distrital e a norma constitucional reproduzida ou de referência expressa na constituição estadual ou lei orgânica do DF. Posteriormente, porém, tais demandas chegam ao STF por meio de sua competência recursal e são submetidos ao

²⁴⁴ Marlon Alberto esclarece que o parâmetro é definido em face da Constituição Federal e Estadual, além das Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios que serviram de fundamento para o controle de constitucionalidade (WEICHERT 2003, p. 66).

procedimento comum de todos os outros recursos extraordinários, ou seja, juízo de admissibilidade com todos os requisitos de demandas subjetivas.

As decisões proferidas pelas Cortes Estaduais e do Distrito Federal, quando interpretam dispositivos da constituição atuam dentro da alçada do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Desse modo, o eventual recurso extraordinário interposto não pode ter o mesmo tratamento dos demais (causas individuais ou demandas coletivas), pois o processo é objetivo, e a decisão proferida ofende à própria Constituição Federal, e não a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do Distrito Federal, uma vez que as normas tidas por violadas são federais, apenas reproduzidas pelos diplomas constitucionais estaduais ou distrital.

Se em última análise as normas tidas por violadas no julgamento proferido pelos Tribunais de Justiça em ADI's são da Constituição Federal, caberia ao STF proferir a interpretação final da aplicação de tais normas em face de seu papel de guardião da constituição²⁴⁵.

A organização e a competência da Justiça Estadual quanto ao controle de constitucionalidade está definido e balizado pela Constituição Federal, que dispõe sobre a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis, ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º)²⁴⁶.

Por isso, o trato dado ao RE decorrente de acórdão proferidos pelas Corte Constitucionais Estaduais e do DF, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, não pode ser o mesmo dos demais recursos extraordinários em tramitação no STF.

Percebe-se assim que, o recurso extraordinário em ADI estadual ou distrital carece de melhor compreensão pelo STF e de necessária alteração legislativa e regimental de modo a diferenciá-lo dos demais recursos extraordinários dando-lhe atenção compatível com sua natureza objetiva e de forte importância federativa.

²⁴⁵ Art. 102, *caput* da CF/88.

²⁴⁶ Apesar da Justiça do Distrito Federal ser organizada e mantida pela União Federal (art. 21, XIII da CF), as conclusões alusivas aos Estados-membros são aplicadas também ao DF.

CAPÍTULO 5

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ORIGEM, COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA E RECURSAL

Em capítulos anteriores foi examinado o controle de constitucionalidade nos modelos difuso e concentrado e, ainda o recurso extraordinário, como o meio processual adequado, dentro do modelo difuso, para levar a controvérsia constitucional ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, especificamente, na ação direta de inconstitucionalidade julgada originariamente pelos Tribunais de Justiça em face de normas da Constituição Estadual que reproduzem ou de simples referência às normas constitucionais. No presente capítulo a análise se dará em torno do próprio Supremo Tribunal Federal, desde sua origem, até sua atuação fixada pela Constituição de 1988.

Assim como ocorreu com os demais institutos considerados anteriormente, a competência do STF foi modificada com o advento da república, de inopino e sem maturação, no entanto, tais atropelos não o impediram de alcançar importante papel na sexta república²⁴⁷.

Inicialmente, a Corte se ressentiu com as novas competências determinadas pelo regime republicano recém implantado, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade importado do direito norte-americano. Esse sentimento pode ser compreendido com um retorno breve ao período colonial, avançando pelo império até o advento da república que iria mudar totalmente a função do Tribunal.

O Direito Português do Brasil colônia estruturava o Poder Judiciário por meio de juízes locais e de Relações que apreciavam os recursos decorrentes das decisões proferidas pelos primeiros.

Durante o Império, o Poder Judiciário era estruturado nas Províncias^{248 249} (art. 2º da Constituição de 1824), com os Juízes e Jurados (art. 151) e as

²⁴⁷ A sexta república ou Nova República inicia-se com a eleição de Tancredo Neves em 1984 pelo Colégio Eleitoral e prosseguiu com a Constituinte que aprovou e promulgou a Constituição de 1988.

²⁴⁸ Segundo Osvaldo Trigueiro (1980 p. 23-24) as províncias do Império têm a seguinte ordem de criação: (i) Seis primitivas Capitánias hereditárias – Pernambuco, Bahia, Maranhão, Ceará, Rio

Relações²⁵⁰ que tinham competência para julgar as causas em segunda e última instância (art. 158). Na Capital, havia também o Supremo Tribunal de Justiça, com a competência de conceder ou denegar revistas²⁵¹ e de conhecer e decidir sobre os conflitos de Jurisdição e competência das relações provinciais (art. 164).

O Supremo Tribunal de Justiça não apreciava recursos de decisões proferidas contra a Constituição Imperial e os conflitos entre as Províncias, porque tal atribuição era exclusiva do Imperador, por meio do Poder Moderador, que ao velar pela “manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes” (art. 98), também detinha competência para suspender Resoluções dos Conselhos Provinciais (art. 101, IV da Constituição de 1824).

A primeira Constituição brasileira de 1824 manteve a estrutura do Judiciário brasileiro, no Título VI segundo o modelo da antiga metrópole. Tratava a Constituição de *Poder Judicial* e assegurava aos juízes a vitaliciedade (art. 153), mas negava-lhes a inamovibilidade, poderiam “ser mudados de uns para outros lugares, pelo tempo e maneira que a Lei determinar” (NOGUEIRA, 2001, p. 99). Apesar de vitalício, o Juiz estava sujeito aos humores do Imperador, poderia ser suspenso por queixas contra ele apresentada^{252 253}. O Poder Real, por meio do

Grande do Norte e Espírito Santo; (ii) dez – remontam às Capitanias reais, criadas entre 1580 e 1760 – Rio de Janeiro, Paraíba, Pará, Piauí, São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; (iii) dois – originários de uma Capitania criada e outra restaurada ao tempo do Brasil-Reino – Alagoas e Sergipe; (iv) dois – provenientes de Províncias criadas pelo Império – Amazonas e Paraná;

²⁴⁹ Osvaldo Trigueiro (1980, p. 17) esclarece ainda que “[...], a Constituição do Império dotou as Províncias de um poder legislativo embrionário, cousa que não se conseguira em três séculos de regime colonial. O Conselho (Gerais de Províncias) tinha origem representativa, eleito pelo mesmo processo de escolha dos deputados gerais, o que era um começo de democratização. Mas através dele não se dava à Província qualquer parcela de efetiva autonomia política ou administrativa. O Poder Executivo era exercido por funcionário de confiança do governo central (Presidente nomeado pelo Imperador, que o poderá remover quando entender que assim convém ao bom serviço do Estado); o Legislativo era desprovido de autoridade real, desde que a sua competência se exauria com a apresentação de projetos à Assembléia Geral, que sobre eles decidida soberanamente”.

²⁵⁰ Tribunais de Justiça atuais.

²⁵¹ Como esclarece Teixeira de Freitas (1882, p. 348): “Revista, actualmente, é o Recurso estabelecido pêlos Arts. 163, e 164, da Const. do Império, em substituição do anterior com o mesmo nome, que se-interpõe para o *Supremo Tribunal de Justiça* por um *Termo de Manifestação de Revista*, que não suspende as Execuções das Sentenças recorridas: Só temos duas Instancias (Art. 159 da mesma Const. do Império), e portanto, concedida a Revista pêlo *Supremo Tribunal de Justiça*, não ha *Terceira Instancia*; e as *Relações Revisoras*, designadas para novo julgamento, proferem a decisão das Sentenças como actos substitutivos das da Segunda Instancia: Concede-se *Revista* somente nos dois casos de — *injustice notória*—, e de — *nulidade manifesta*”.

²⁵² Art. 154 da Constituição de 1824.

²⁵³ Octaciano Nogueira relata alguns episódios envolvendo a violação das prerrogativas listadas de vitaliciedade e inamovibilidade ocorridos em Pernambuco no famoso caso o “desembarque de Serinhaem” e no Rio de Janeiro contra o Supremo Tribunal de Justiça (p. 36 e 37).

Poder Moderador ²⁵⁴ ²⁵⁵, “estava disposto a punir todos aqueles que, no seu exclusivo juízo, agissem em desacordo com suas crenças” (NOGUEIRA, 2001, p. 37).

As garantias entendidas como essenciais para a independência do juiz eram negadas. Como esclarece Octaciano Nogueira

A rigor, portanto, o texto constitucional negava, na prática, duas garantias tradicionais da Magistratura – a vitaliciedade e a inamovibilidade e não assegurava a irredutibilidade de vencimentos -, ainda que duas disposições diferentes lhes garantissem, teoricamente, tanto uma quanto outra (NOGUEIRA, 2001, p. 36).

O Poder Judiciário não gozava, assim, de independência funcional e seus membros não tinham as garantias necessárias para desempenharem suas atividades.

Aliado a isso, a interpretação corrente à época dos art. 15, 158 c/c 163 era de que

o Supremo Tribunal de Justiça não era uma instância. Logo, não podia conceder revista aos julgamentos dos Tribunais da Relação existentes nas Províncias, que tinham que decidir em última instância, sem que houvesse possibilidade de harmonizar a enorme variedade da jurisprudência produzida por todas as relações das Províncias (NOGUEIRA, 2001, p. 40).

Se de um lado, durante muito tempo sob o pálio da constituição imperial (1824-1875), o Tribunal não tinha a competência para uniformizar a jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais, pois atuava, tipicamente, como uma Corte de Cassação, de tradição europeia, “[...] a sua competência se exauria na função de

²⁵⁴ Cujá missão era a de “velar incessantemente sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”, ou seja, legislativo, executivo e judicial (GÓES e VASCONCELLOS 1978, p. 28).

²⁵⁵ Braz Florentino Henriques de Souza traz outra visão do mesmo instituto focando seu caráter instrumental de harmonizar os demais poderes, nestes termos: “A história de todos os Estados, diz na verdade Ancillon, prova que o mais difícil de todos os problemas é pôr a harmonia entre os diferentes poderes, dar-lhes a força necessária e a medida requerida, e formar deles um todo orgânico... Pela separação dos poderes e sua organização particular, os raios do poder são divididos e de alguma sorte quebrados. Mas a arte da política exige que essa refração tenha lugar conforme certas leis, e de maneira que, finalmente, todos os raios se reúnam de novo no mesmo foco; senão a força social desapareceria e seus efeitos seriam frustados. Pois bem, nós estamos convencidos, até a prova em contrário, de que a teoria do Poder Real ou *Poder Moderador*, tal como a aceitou dos publicistas franceses a Constituição brasileira, responde suficientemente, como mostraremos, a dificuldade apontada; e desde então esse poder supremo, colocado acima dos outros, aparece-nos, não como uma criação fantástica ou um devaneio de imaginação, mas como a expressão de uma grande necessidade governativa, como um elemento indispensável de ordem e de verdadeira liberdade, e como a mola principal nos governos *monárquicos*, constitucionais e representativos, qual o nosso (art. 3º da Const.) (SOUZA 1978, p. 35).

conceder revista, para o efeito de determinar que a causa fosse novamente julgada por outra Relação” (TRIGUEIRO, O Supremo Tribunal Federal no Império e na República, 1982, p. 8).

Por outro, como elucida ainda Octaciano, a “matéria só foi decidida em 23 de outubro de 1875, quando o projeto de Lopes Gama, apresentado em 1841, se converteu em lei, permitindo que o Supremo Tribunal tomasse assentos”²⁵⁶ (NOGUEIRA, 2001, p. 41).

Dessa forma, diante dos demais órgãos do império, sob a ótica institucional, o Tribunal era fraquete e apático, conforme sintetizou Osvaldo Trigueiro

[...], o Supremo Tribunal monárquico não tinha tarefa importante a desempenhar. O Estado era unitário, o que eliminava os conflitos entre o governo central e os provinciais, dada a prevalência do princípio da subordinação hierárquica. O sistema de governo era de índole parlamentar, o que amortecia os conflitos entre o Ministério e a Assembléia Geral. Por último, a rigidez parcial da Constituição dispensava maior vigilância do poder judicial para preservá-la (1982, p. 8).

Percebe-se, assim, que a atuação funcional do Tribunal por mais de meio século foi debilitada e sob limitações inimagináveis para um Poder independente do Estado²⁵⁷ que era regido por uma constituição²⁵⁸.

A queda da monarquia e a implantação da república no Brasil decorreu muito mais da ação estrita de um movimento político militar concentrado no Rio de Janeiro que, por decreto, modificou toda a estrutura do Estado, do que da evolução das instituições políticas e jurídicas brasileiras. De acordo com tal constatação, as

²⁵⁶ Como esclarece Octaciano “as velhas Ordenações do Reino davam à Casa da Suplicação a faculdade de, como se dizia, ‘tomar assentos’, unificando a enorme jurisprudência do vasto Império português. A lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça, previsto na Constituição de 1824, porém, não lhe concedeu a mesma prerrogativa. Não houve portanto, durante largo tempo, enquanto vigou a Constituição do Império, como veremos, um Tribunal de unificasse a jurisprudência” (NOGUEIRA 2001, p. 39).

²⁵⁷ Relata Trigueiro que “o primeiro decênio do Supremo Tribunal foi o mais difícil, por ter sido o da implantação, o da afirmação, o da superação dos obstáculos mais perigosos, o do mais profundo dissídio com o Poder Executivo. De início ele nem sequer tinha sede condigna: funcionava, em dias alternados, na mesma sala da Corte de Apelação. O Visconde de Sabará protestou contra a *indecência* do edifício e os seus colegas não dispunham sequer de gavetas onde pudessem guardar alguns papéis. Somente em 1895 os dois Tribunais passaram a ter salas separadas. A primeira instalação em prédio próprio e exclusivo, o da Rua Primeiro de Março, data de 1902. Aí permaneceu o Supremo Tribunal até 1909, quando se instalou no edifício da Avenida Rio Branco, que fora construído para o Arcebispado. Neste permaneceu até 1960, data da mudança para o palácio que lhe foi destinado na nova Capital” (1982, p. 16).

²⁵⁸ Kelsen identifica no Constitucionalismo monárquico que apregoava o monarca como o guardião da Constituição: uma ideologia para mascarar a compensação da perda de poder “que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional” (KELSEN 2007, p. 240). No Brasil, a Constituição de 1824 reservava ao Imperador essa competência por meio do Poder Moderador.

alterações nasceram e foram impostas de cima para baixo e sem qualquer maturação ou assimilação gradativa. Esse fenômeno político-social repete-se na análise das transformações ocorridas no Poder Judiciário e seus sistemas judiciais objeto do presente estudo.

Com o êxito do golpe militar, o Governo Republicano provisório editou vários diplomas legais dispondo sobre a transição dos regimes, alterou a denominação das Províncias para Estados, do antigo Supremo Tribunal de Justiça para Supremo Tribunal Federal e também modificou substancialmente a competência deste último ao criar um recurso inominado que seria interposto das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais estaduais²⁵⁹ e pelos juízes dos Estados²⁶⁰ com o escopo de preservar a unidade do ordenamento jurídico da União²⁶¹ (Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal).

Com o advento da república o panorama do Tribunal mudou em face do que era, no entanto, as transformações seguiram o compasso das demais que ocorreram no restante do país com um federalismo por decreto e um Judiciário sem a mesma robustez de seu congênere do norte²⁶². Graves agitações políticas e sociais seguiram-se à implantação do novo regime. Fatos políticos e de exceção atingiram a todos

deposição do primeiro Presidente, a rebelião dos generais contra o segundo, a revolta da Marinha, a guerra civil no Sul, a campanha de Canudos. [...] interferências do cesarismo, pelo hiato do Estado Novo e por prolongadas interrupções das garantias constitucionais (TRIGUEIRO, O Supremo Tribunal Federal no Império e na República, 1982, pp. 16-17).

A síntese histórica permite constatar que desde a origem do país, como nação independente, determinados institutos, órgãos e funções, enfrentaram e enfrentam situações dúbias e contraditórias, como no caso em apreço pois o STF se viu guindado de uma função quase irrelevante no Império para o centro de um

²⁵⁹ Antigas Relações (art. 158 da Constituição de 1824).

²⁶⁰ Nesse sentido (Anacleto, ob. cit., p. 5). A fixação dos baldrames essenciais do federalismo pela Constituição, entendida como “fundamento de validade das ordens jurídicas parciais e central” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 798), não prescinde, porém, de uma Suprema Corte, com jurisdição nacional, para assegurar o modelo físico e jurídico da Federação.

²⁶¹ Ou seja, quando “a decisão fosse contrária a tratado internacional, a lei do Congresso Nacional ou ao exercício de qualquer autoridade da União; fosse dada validade a lei ou ato estadual em conflito com lei ou ato constitucional ou federal; a decisão estivesse em conflito com preceito constitucional, federal ou de tratado internacional”, in, Breve histórico da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/atlas/hist.htm>. Acesso em: 12/nov./2011.

²⁶² Lêda Boechat destaca o caráter mítico da defesa de Rui Barbosa dos predicados da Suprema Corte Americana (RODRIGUES 1992, p. 11-12).

sistema jurídico, fundado numa constituição escrita, sem qualquer madureza, o que termina por dificultar a exata compreensão do modelo institucional pátrio sobre relevantes assuntos do constitucionalismo desde a independência até os dias atuais.

As Constituições republicanas ampliaram sistematicamente a competência do Supremo Tribunal Federal, sem contudo representar uma quebra de paradigma no que toca à função de órgão de cúpula do Poder Judiciário e responsável por dar a última palavra em interpretação constitucional por meio do controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição de 1988, no entanto, rompe com a tradição político-jurídica no que se refere à ênfase ao controle difuso de constitucionalidade e implanta o controle concentrado de constitucionalidade. Inicialmente por meio de ação direta de inconstitucionalidade, do mandado de injunção e da arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁶³ acrescentando posteriormente a ação declaratória de constitucionalidade e a súmula vinculante²⁶⁴.

A competência do Supremo Tribunal Federal atualmente está delimitada em originária e recursal, além do provimento de representação interventiva da União nos Estados e no Distrito Federal (artigos 102²⁶⁵ e 36, inciso III²⁶⁶). O que denota a

²⁶³ Art. 102, inciso I, "a", "q" e parágrafo único da CF/88.

²⁶⁴ Art. 102, inciso I, "a" e 103-A da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 45/2004).

²⁶⁵ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

amplitude da atuação da Corte quanto às ações, aos procedimentos e aos recursos sob sua competência. Como sintetiza Daniela Crosara “além de conferir a missão de guardião da incolumidade dos dispositivos constitucionais, o art. 102 prevê outras competências para o Supremo, que a ele são atribuídas em razão da relevância do assunto ou das pessoas envolvidas na causa” (2010, p. 632).

Em outros termos, a competência da Corte não se esgota com a guarda da constituição pois atua como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e ainda como Tribunal da Federação. O primeiro aspecto será abordado a seguir.

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)" (Editora Saraiva 2011, p. 66-68).

²⁶⁶ "Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

[...]

III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"; (Editora Saraiva 2011, p. 38).

5.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO NACIONAL E AS CRISES NUMÉRICAS

O Supremo Tribunal Federal desempenha um triplo papel no sistema jurídico brasileiro. Além de Tribunal da Federação, responsável por realçar o desenho estrutural do federalismo brasileiro uma vez que a realidade do Estado Federal pressupõe a coexistência de um Tribunal Constitucional que aprecie as demandas entre os entes públicos federais, em especial ênfase para a preservação da autonomia do ente federado, autêntica pedra de toque do sistema; atua também, porém, conjuntamente, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois age como revisor das decisões dos demais órgãos do Judiciário, que incluem tribunais e Turma Recursal de Juizado Especial²⁶⁷.

Como destaca Daniela Crosara, “no sistema jurisdicional pátrio, diversamente do que ocorre em alguns países, como a Áustria, a Alemanha e a Itália, não existe um tribunal com a atribuição exclusiva de realizar a tutela do texto constitucional” (2010, p. 632). Desse modo, o STF cumula as funções de guarda da Constituição com as de órgão de cúpula do Poder Judiciário e de Tribunal da Federação.

O Supremo, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional dos Estados e da União, foi sujeito a sucessivas crises numéricas que o assolaram em diferentes períodos da história constitucional republicana, ensejando críticas tanto dos operadores do direito, quanto dos profissionais envolvidos no sistema preocupados com a paralisia no Tribunal diante do acúmulo de demandas aguardando julgamento.

Já em 1913 tem-se o registro de manifestação do Ministro do STF, Guimarães Natal, em conferência proferida no Instituto dos Advogados sobre a Reforma da Justiça Federal em que aponta as razões do acúmulo de causas aguardando julgamento na Corte.

Além de fatores sociais decorrentes do crescimento da população, da economia e do desenvolvimento das comunicações, aponta o Ministro, outras

²⁶⁷ A redação do art. 102 da Constituição Federal permite essa competência recursal para o STF.

causas como: (i) a dualidade de justiças (Estadual e Federal), sendo que, na Justiça Federal a Corte funcionava como tribunal de recursos; (ii) extensa competência originária e recursal nas matérias cível, criminal e eleitoral, além da homologação de sentença estrangeira (NATAL, 1918, pp. 195-198).

Indica o Ministro, com clareza e perspicácia, as causas da crise numérica que atemorizava o Tribunal desde o advento da república:

A simples enunciação do movimento dos processos no Supremo Tribunal, no corrente ano, documentará suficientemente o que acabo de afirmar: - Em andamento, 1.104, com dia para julgamento, 264; dependentes de preparo, 301; julgados até 23 de Setembro, 467; total, 2.136.

O Supremo Tribunal, que realiza 8 sessões ordinárias por mês – 80 nos 10 meses de trabalho, - julgando na medida 8 causas por sessão, o que dá meia hora para o relatório e discussão de cada uma, não poderá proferir decisão definitiva sinão sobre 640. O atraso será, pois, neste ano, de 1.496 causas! Estes algarismos são bastante eloqüentes para que me dispensem de encarecer a urgência de medidas legislativas, que venham alliviar a pesadíssima tarefa do Supremo Tribunal e abreviar a decisão final dos pleitos (NATAL, 1918, pp. 197-198).

Por derradeiro, Guimarães Natal teceu críticas a ideia corrente na época sobre a necessária divisão do tribunal em órgãos fracionários, uma das fórmulas que seriam adotadas no futuro para minorar o acúmulo de processos no STF:

não convindo, porque tal fraccionamento comprometteria a uniformidade da Jurisprudência na interpretação da Constituição e das Leis e, portanto, a unidade do Direito, uma das mais importantes funções constitucionais do Supremo Tribunal no regimen de dualidade de Justiças (NATAL, 1918, p. 197).

Interessante perceber que tais situações permanecem híidas nos dias atuais, pois a Justiça brasileira permaneceu dualista e a competência originária e recursal do STF longe de diminuir aumentou ainda mais após a Constituição de 1988.

Anos depois, o Ministro Aliomar Baleeiro²⁶⁸ retoma o tema e destaca que o acúmulo de processos no STF com a conseqüente interferência na regularidade de

²⁶⁸ Aliomar Baleeiro é mais preciso na análise dos fatos sociais: “Na manhã da República, quando após a promulgação da Carta Política de 1891 foi instalado o Supremo Tribunal Federal com 15 juizes, o Brasil não contava ainda 15.000.000 de habitantes. A maior parte do comércio estadual se fazia pela navegação marítima costeira, pela fluvial em alguns rios, em cerca de 20.000 quilômetros de ferrovias e nas rudimentares estradas de boiadas por onde passavam também as tropas de burros. A produção era quase toda rural e extrativa, limitada a indústria a tecidos grosseiros, açúcar e pouco mais. Exportávamos produtos primários e com os preços deles pagávamos a importação dos artigos manufaturados, desde a mobília até a pasta de dentes. A população está multiplicada por

seus trabalhos foi objeto de preocupação da Comissão Especial, na reforma constitucional de 1926 e, indica algumas providências adotadas desde reforma de 1926 como a divisão da Corte em Turmas e o arquivamento compulsório dos autos paralisados há mais de 10 anos, diante da inércia das partes em manifestarem o interesse no julgamento após a fluência do prazo fixado no edital de intimação (BALEEIRO, Uma Nova Estrutura do Judiciário e o STF, 1975, p. 115).

Em outro trabalho, o Ministro Aliomar aponta outras soluções que poderiam ser adotadas para fazer frente à crise numérica do STF:

- supressão do recurso extraordinário por divergência de julgados,
- criação de mais três Tribunais Federais com a competência para decidir desses RE fundados em violação de lei (BALEEIRO, O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido, 1968, pp. 124, 129).

Tais iniciativas, apesar de bem elaboradas e voltadas para um problema real de acúmulo de processos na Corte sempre tangenciaram a causa principal: importação canhesta do funcionamento da Suprema Corte americana para o sistema brasileiro, especialmente quanto ao controle difuso de constitucionalidade, além da diferença entre a sociedade brasileira e a norte-americana quanto ao funcionamento de suas instituições.

O déficit inicial resultou em prática judiciária ineficaz que obrigava a Corte ao exame e julgamento individual de cada processo admitido, mesmo quando idêntico a outro anteriormente decidido.

A cada nova crise numérica, novas alterações nas normas processuais e regimentais visavam fazer frente ao incremento de processos e desse modo impedir a completa e total paralisa da Corte. Como exemplos mais eloquentes pode-se destacar: as súmulas da jurisprudência dominante do tribunal, transitando pela extinta "arguição de relevância", a criação do Superior Tribunal de Justiça e agora, o instituto da repercussão geral, que serão objeto de análise mais a frente.

maior de 5 nestes 75 anos. E o produto bruto nacional representa várias vezes o de 1891. O caminhão, hoje, intensificou o comércio em cerca de 500.000 km de rodovias de vários tipos. Embora em escala menor do que nos países altamente desenvolvidos, observa-se o gigantismo das empresas, que estendem seus tentáculos por vários Estados, sendo certo que algumas delas vendem seus produtos em todos os Estados e mantêm fábricas e estabelecimentos em alguns deles. As relações de trabalho, apenas saídas da escravidão em 1891, suscitam dissídios numa população de mais de 20.000.000 de empregados e operários. Paralelamente a isso, o Fisco cresceu e é, talvez, o mais encontrado dos litigantes em nosso fôro" (BALEEIRO, O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido 1968, p. 121-122).

Uma das iniciativas mais promissoras se deu com as súmulas da jurisprudência. Em 1963, por iniciativa do Min. Victor Nunes Leal²⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal adotou a súmula de sua jurisprudência dominante que era dotada da rigidez necessária para simplificar “o trabalho da Justiça em todos os graus” estabelecendo uma segurança jurídica aos operadores do direito em substituição a “loteria judiciária” ao mesmo tempo em que dispõe sobre o procedimento de sua modificação (LEAL, 1981, pp. 1-20).

A racionalidade almejada limitava-se ao próprio Tribunal, pois a súmula não detinha qualquer obrigatoriedade de observância pelos demais tribunais e juízes do país.

Em seguida destaca-se a arguição de relevância da questão federal que vigorou por curto período durante a Carta Política de 1967 e a EC nº 1, de 1969. De acordo com Ives Grandra Filho

Aproveitando-se principalmente da **experiência americana**, como também do **direito alemão** (que exige a demonstração da **importância fundamental da causa**, para que seja revista pelos Tribunais Superiores - § 546 da ZPO) e do **direito austríaco** (que prevê, em seu sistema processual, o instituto da **significação fundamental da questão**, para sua apreciação pelas Cortes Superiores), adotou-se no Brasil, para o Supremo Tribunal Federal, o mecanismo da **arguição de relevância da questão federal**, como pressuposto de admissibilidade do **recurso extraordinário** para o STF, com o objetivo claro, no dizer do Min. **Victor Nunes Leal**, um dos idealizadores do mecanismo, de **redução dos encargos do STF**.

A **Emenda Constitucional nº 1/69** à Constituição de 1967 conferiu ao Supremo Tribunal Federal **competência legiferante** para, em seu **Regimento Interno**, indicar quais as causas que, pela sua **natureza, espécie ou valor pecuniário**, não seriam apreciadas pelo Pretório Excelso, ainda que verificados os demais pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 119, parágrafo único).

²⁶⁹ Como relata o próprio Ministro em palestra proferida em 1981 e sintetizadas em obra dedicada à sua vida: “Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu — e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual — da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual a sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente na Corte. Juiz calouro, com o agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. Daí surgiu a idéia da Súmula, que os colegas mais experientes — em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves — tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentamento da Presidência e dos demais Ministros. Por isso, mais de uma vez, tenho mencionado que a Súmula é subproduto de minha falta de memória, pois fui eu afinal o Relator não só da respectiva emenda regimental como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se até as minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com o apoio dos colegas da Comissão, já que nos reuníamos, facilmente, pelo telefone” (ALMEIDA 2006, p. 33).

A **Emenda Regimental nº 3/75** ao Regimento Interno do STF veio, então, a fixar esse **elenco de causas** em seu art. 308, cujo *caput* mencionava pela primeira vez a **relevância da questão federal** como critério balizador da apreciação de causas pela Suprema Corte, enumerando, a seguir, as **causas que, em princípio, não examinaria**:

[...]

A **Emenda Constitucional nº 7/77** deu nova redação ao parágrafo único da Constituição Federal de 1967/1969, renumerando-o como § 1º e incluindo expressamente o **critério de relevância** como elemento de discricionariedade para o exame dos recursos extraordinários a serem apreciados pelo STF [...]:

[...]

Pela **Emenda Regimental nº 2/85** ao RISTF de 1980, o Supremo Tribunal Federal **inverteu a equação** relativa à arguição de relevância: em vez de elencar as hipóteses em que, ressalvada a demonstração de relevância, não caberia recurso extraordinário, preferiu **enumerar quais as causas que comportariam o recurso extraordinário**, sendo que, para as demais, só se demonstrada a relevância da questão federal. [...]

O próprio Regimento Interno do STF ofereceu uma **definição** do que entendia ser relevante, para efeito de pronunciamento da Suprema Corte:

"Art. 327. (...)

§ 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal".

[...]

O acolhimento da arguição de relevância não ensejava, necessariamente, o conhecimento do recurso extraordinário, pois caberia ao relator verificar se atendia aos pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade.

[...]

Das mais de **30.000 arguições de relevância** apreciadas pelo STF durante o período de funcionamento do sistema, o Pretório Excelso não **acolheu** mais de **5%**, sendo que **20% deixaram de ser conhecidas** por deficiência de instrumentação e **75% foram rejeitadas** (MARTINS FILHO, 2001).

A arguição de relevância, apesar de reduzir o número de recursos extraordinários admitidos pelo STF padeceu de enorme resistência pelos advogados que a reputavam subjetiva (MARTINS FILHO, 2001) e foi associada como instrumento da ditadura, por limitar direitos processuais e constitucionais. Não foi adotada pelo Constituinte de 1988.

O terceira solução engendrada para a crise numérica do STF foi a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988 para assumir parte da antiga competência recursal daquele. No entanto, o remédio não enfrentou as causas do

problema e o crescimento exponencial de recursos atingiu também a nova Corte, contagiou tanto o STF²⁷⁰ quanto o STJ.

Salvio Teixeira expõe, com propriedade, a crise numérica dessa última corte:

[...] trouxe um novo alento à comunidade jurídica, e até entusiasmo, dado o acesso a ele a recursos que não vinham sendo apreciados pela instância extraordinária, a verdade é que o mal não foi afastado e há mesmo a perspectiva de inviabilizar-se o funcionamento da nova Corte, tão vasto é o acervo dos processos que lhe são postos a julgamento, o que pode ser facilmente detectado pela evolução quantitativa das decisões proferidas nos seus primeiros anos de existência [...] (TEIXEIRA, 2000, p. 18).

Constatada a crise de processos e a ineficácia das soluções adotadas, permanecem hígidas e extensas as vertentes extremamente relevantes e complexas pelas quais compete ao STF atuar: Corte Constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e Tribunal da Federação.

Atualmente, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso:

i) o recurso ordinário do *habeas-corporis*, do mandado de segurança, do *habeas-data* e do mandado de injunção decididos em única instância pelo Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral, se denegatória a decisão²⁷¹; e da decisão proferida sobre o crime político²⁷²; ii) o recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância²⁷³, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição, b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal²⁷⁴.

A pleora de recursos sujeitos à competência revisora do STF, nessa atuação como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional seria mais que suficiente para consumir todas as pautas e a atenção de seus ministros. Não se

²⁷⁰ Esclarece José Carvalho dos Santos Filho que: "Em termos numéricos, a distribuição anual de processos saltou de 16.226, em 1990, para 90.839, em 2000. Em 2006, último ano antes da implementação da sistemática da repercussão geral, a qual foi promovida pela Emenda no 21 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de maio de 2007, a distribuição atingiu o número de 116.216 processos" (SANTOS FILHO 2009, p. 219).

²⁷¹ Alínea "a" do inciso II do art. 102 da Constituição Federal.

²⁷² O crime político é processado e julgado pelos juízes federais nos termos do art. 109, IV da CF/88.

²⁷³ O Supremo Tribunal Federal pode apreciar em grau de recurso, tanto decisões proferidas por Tribunais quanto de Turmas Recursais de Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal e Federais.

²⁷⁴ Inciso III e alíneas "a, b, c e d" do art. 102 da Constituição Federal.

pode perder de vista, porém, que será objeto de análise na sequência: o STF como Corte Constitucional.

5.2 O STF COMO CORTE CONSTITUCIONAL

O Estado de Direito Constitucional pressupõe que os próprios órgãos do Estado atuem segundo as regras estabelecidas na constituição. Kelsen denominou essa pressuposição qualificada, entendida como garantias político-jurídicas do controle constitucional do comportamento dos órgãos que lhe são diretamente subordinados, como “princípio da máxima legalidade da função estatal” (KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, 2007, p. 239).

A identificação de uma Corte como responsável pela aplicação do princípio acima declinado decorre do sistema de controle de constitucionalidade adotado. Quando qualquer tribunal ou órgão do Poder Judiciário pode afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo, porque contrário à Constituição tem-se o sistema difuso de matiz americana. No entanto, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade realizado por um órgão judicial específico, fora e acima dos demais poderes com a atribuição de julgar os incidentes decorrentes da interpretação ou violação da constituição indica a opção pela Corte Constitucional.

A história do direito ocidental já registrou diferentes agentes responsáveis pela guarda da Constituição: o Parlamento, o Poder Executivo e por último a Corte Constitucional²⁷⁵.

O cerne da ideia de Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional decorre do fato de existir um órgão de natureza jurisdicional, fora da estrutura do Poder Judiciário, de composição híbrida quanto à escolha e à indicação de seus membros pelos demais poderes com a competência precípua de apreciar demandas (ações ou recursos) em que se discute a inconstitucionalidade de leis e disposições normativas com força de lei e ainda, violações à direitos e liberdades²⁷⁶ previstos na constituição. Esta última possibilita a provocação direta da Corte pelo cidadão

²⁷⁵ Possuem “Corte ou Tribunal Constitucional”: Alemanha (1949), Áustria (1920), Itália (1948), Portugal (1976) e Espanha (1978) (FERREIRA 1987, p. 86).

²⁷⁶ Possuem tal competência: Tribunal Constitucional Espanhol (art. 53, § 2º c/c 15 a 29); Tribunal Constitucional Federal Alemão e Corte Constitucional Austríaca (RAMOS 1998, p. 38, 44 e 52)

atingido em seus direitos fundamentais por ato do Estado (RAMOS D. T., 1998, p. 38).

A composição híbrida é destacada por John Ferejon e Pasquale Pasquino que realçam o aspecto político desse modelo de controle de constitucionalidade por meio da composição do Tribunal Constitucional com membros sem o estrito conhecimento jurídico, pois

O controle de constitucionalidade, entendido desta forma, parecer ser inerentemente político ao estabelecer que uma corte constitucional deve deliberar e escolher dentre regras normativas diferentes para regular a conduta social.

Desse modo, Kelsen compreendeu que as cortes constitucionais não deveriam estar inseridas no âmbito do poder judiciário, tampouco na esfera dos outros poderes estatais. O poder exercido por estas cortes deveria estar nas mãos de juízes designados politicamente, que fossem escolhidos dentre pessoas competentes para realizar comparações abstratas entre os textos e com capacidade para deliberar sobre normas e fundamentar suas decisões, e não necessariamente dentre os que tivessem experiência jurídica (FEREJOHN & PASQUINO, 2009, p. 54).

No entanto, os próprios autores acima citados reconhecem que todas as cortes constitucionais de regimes pós-autoritários²⁷⁷ possuem poderes concretos de revisão *a posteriori* (FEREJOHN & PASQUINO, 2009, p. 55). Ou seja, as cortes constitucionais não são exclusivas para o controle direto e concentrado de constitucionalidade, subsistindo uma competência concreta originária ou recursal.

André Tavares também não compartilha com a concepção exclusivista e afasta de início a terminologia “Corte” para laborar apenas com a denominação de Tribunal Constitucional, “salvo nos casos em que ‘Corte Constitucional’ seja referência a uma realidade concreta sedimentada, como ocorre no Direito norte-americano” (2005, p. 154). Para o citado autor, mais relevante são as funções exercidas pelo Tribunal Constitucional, em especial no concerne à “idéia de protetor da supremacia constitucional, com sua defesa e cumprimento” (TAVARES, 2005, p. 159).

De fato, a exclusividade ou o monopólio da defesa da constituição nos embates diuturnos em determinado ordenamento jurídico não pode ser erigido como critério preponderante para a classificação de determinado órgão judicial de cúpula como Tribunal Constitucional ou não.

²⁷⁷ Aqueles países europeus, especialmente no Leste, que após 1989 estabeleceram em suas constituições suas cortes constitucionais.

A discussão a respeito do tema perde importância prática e pode ser suscitada apenas em termos acadêmicos em razão da prevalência do critério funcional – exercício de funções típicas de controle da constitucionalidade das leis. No entanto, assiste razão a Pinto Ferreira quando defende que

o sistema preconizado (do Tribunal Constitucional) não pretende outra coisa senão ampliar o controle de constitucionalidade para uma organização mais ampla de uma jurisdição constitucional tendo em vista a solução de todos os conflitos constitucionais, o que só poderá ser exercido a contento por uma Corte Constitucional (FERREIRA L. P., 1987, p. 86).

O aspecto mais relevante do tema não está associado com a denominação do órgão ou com a função, mas com o aprimoramento e o crescimento do sistema de controle de constitucionalidade em todas as áreas do Estado moderno.

José Alfredo Baracho traça, ainda, uma distinção prévia entre a Justiça Constitucional, “espécie de justiça ou meio de jurisdição pela qual se examina aspectos das leis constitucionais” e a Jurisdição Constitucional, “órgão pelo qual se exerce a primeira, propiciando em seguida a compreensão do sentido jurídico da Justiça Constitucional” (BARACHO J. O., 2005, p. 446).

Decorre do exposto, que todos os juízes brasileiros exercem a jurisdição constitucional de examinar a constitucionalidade das leis nos casos julgados originariamente ou em grau recursal, no entanto, apenas o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal detêm competência de Justiça Constitucional para examinar apenas os aspectos da lei ou ato normativo em abstrato em face da Constituição dos respectivos entes parciais, os Estados-membros e o Distrito Federal.

Em seguida, será abordado o tema acerca do STF e o controle de constitucionalidade.

5.3 O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal desempenha tríplice função judicante nos termos da Constituição de 1988: a) Tribunal Federal²⁷⁸; b) Tribunal Constitucional²⁷⁹

²⁷⁸ Art. 102, inciso I, alíneas “b”, “c”, “d”, “g”, “i”, “n”, “o” e “r”, todos da Constituição Federal.

²⁷⁹ Art. 102, inciso I, alíneas “a”, “p”, “q”, inciso III e alíneas e § 1º, todos da Constituição Federal.

e, c) Tribunal da Federação²⁸⁰. O controle de constitucionalidade dos atos normativos federal e estaduais pode ser exercido nas três funções em sua competência tanto originária quanto recursal.

Joaquín Camazano, sem adentrar nas peculiaridades do mecanismo de controle de constitucionalidade e sua configuração do México, sintetiza os ingredientes fundamentais próprios de toda ação de inconstitucionalidade: “sua natureza (ação processual constitucional de controle normativo abstrato da constitucionalidade), a legitimação ativa para exercitá-la, seu possível objeto, seu parâmetro (a Constituição), seu procedimento e seus efeitos. Muitos dos aspectos mencionados admitem variantes, do que resulta a possibilidade de tantas regulações específicas da ação de inconstitucionalidade como ordenamentos constitucionais que a preveem, ao menos” (CAMAZANO, 2005, p. 2)^{281 282}.

Significa que a questão constitucional é levada ao conhecimento do Tribunal por meio de um processo, que possui requisitos específicos para sua apreciação. Mais do que um contraste entre duas normas, uma das quais é a Constituição e a outra há de ser uma norma jurídica infraconstitucional, em um juízo abstrato, isto é um juízo à margem de todo caso concreto, caso concreto que pode existir ou não, mas que não condiciona o ajuizamento da constitucionalidade nem a valoração desta (CAMAZANO, 2005, p. 4)²⁸³.

A ampla competência do Supremo Tribunal Federal tanto originária quanto recursal possibilita o exame pleno da questão constitucional, necessitando contudo da manifestação de sua composição plena, pois a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, nos termos do art. 97

²⁸⁰ Art. 36, inciso III; 102, inciso I, alínea “f”, todos da Constituição Federal.

²⁸¹ Tradução livre do autor.

²⁸² O original dispõe que: “En esta definición están ya los ingredientes fundamentales propios de toda acción de inconstitucionalidad: su naturaleza (acción procesal-constitucional de control normativo abstracto de la constitucionalidad), la legitimación activa para ejercitarla, su posible objeto, su parámetro (la Constitución), su procedimiento y sus efectos. Muchos aspectos de los mencionados admiten variantes, de lo que resulta la posibilidad de tantas regulaciones específicas de la acción de inconstitucionalidad como ordenamientos constitucionales que la prevean, al menos” (CAMAZANO 2005, p. 2).

²⁸³ Tradução livre do autor do trecho: “es: a) un juicio normativo, esto es, un contraste entre dos normas, una de las cuales es la Constitución y otra ha de ser una norma jurídica infraconstitucional (especialmente, leyes formales o parlamentarias o con el rango y fuerza de éstas), y b) un juicio abstracto, esto es, un juicio al margen de todo caso concreto que puede existir o no, pero que no condiciona el enjuiciamiento de la constitucionalidad ni la valoración de ésta” (CAMAZANO 2005, p. 4).

da Constituição Federal, somente poderá ocorrer com o voto da maioria absoluta de seus membros²⁸⁴.

Como sustentado acima, o STF tem ampla possibilidade de conhecer e julgar a questão constitucional, o relevante, no entanto, é a sua participação nos processos oriundos de Tribunais de Justiça em que estes atuam em competência originária para julgar ações diretas de inconstitucionalidades em face da Constituição Estadual que reproduzem normas da Constituição Federal.

No tópico abaixo serão apresentados alguns julgamentos decorrentes de RE em ADI que suscitam debates a respeito do entendimento do STF.

5.4 DECISÕES RELEVANTES

Nesses vinte e três anos de vigência da Constituição de 1988 celebrado em 5 de outubro de 2011 várias decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, por sua composição plenária, ajudaram a conformar o controle de constitucionalidade brasileiro e que influenciam na compreensão do tema exposto. São elas: i) o controle abstrato estadual ou distrital com normas constitucionais reproduzidas nas Cartas Políticas Estaduais (Reclamação n. 383 e 4432); ii) a relativização do prequestionamento (AI n. 375.011); iii) a eficácia erga omnes de decisão proferida em controle difuso ou concreto (Reclamação nº 4335 e Súmula vinculante n. 26); iv) sustentação oral do *amici curiae* em recurso extraordinário (RREE 416827 e 415454) e v) *causa petendi aberta* (RREE 298694 e 300020).

As decisões listadas são analisadas e brevemente comentadas naquilo que facilita o objeto do presente estudo.

5.4.1 O CONTROLE ABSTRATO ESTADUAL OU DISTRITAL COM NORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL REPRODUZIDAS OU QUE EXPRESSAMENTE REMETEM ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS – RECLAMAÇÕES NºS 383 E 4432

²⁸⁴ Existe a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo ou lei do poder público, em RE, por decisão da turma ou monocrática do relator.

As reclamações mencionadas dispõem sobre a tese do duplo fundamento de controle de constitucionalidade existente no Estado federal brasileiro de normas da Constituição Federal reproduzidas e de referência nas Constituições dos Estados e na Lei Orgânica do Distrito Federal.

A reclamação nº 383 será a primeira a ser abordada. O Município de São Paulo editou a Lei nº 11.152, de 30 de dezembro de 1991, instituindo critérios para a aplicação da progressividade das alíquotas do IPTU (art. 1º). O Procurador Geral de Justiça ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, para que o Tribunal de Justiça de São Paulo estabelecesse a mesma alíquota de (0,28%) para todos os imóveis urbanos da municipalidade.

O Presidente do TJSP suspendeu liminarmente a eficácia da norma até o julgamento de mérito. Dessa decisão o município ajuizou reclamação ao STF, com pedido de liminar, alegando a usurpação da competência da Corte em razão do parâmetro de controle ser princípios da Constituição Federal em matéria tributária de observância obrigatória pelos Estados.

Em 11 de junho de 1992, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a reclamação, vencidos os Ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Relator para o acórdão Min. Moreira Alves.

Do longo voto do relator para o acórdão, Min. Moreira Alves, é possível destacar a autonomia dos parâmetros de controle em razão de uma característica peculiar do federalismo brasileiro que não adota o princípio da prioridade do direito federal em face do estadual²⁸⁵. Como a Constituição Federal dota o ente parcial estadual de competência concorrente com o ente central, a legislação estadual tem eficácia normativa própria derivada da própria constituição.

Assim, as normas de reprodução têm eficácia e servem de parâmetro de controle de constitucionalidade perante a Corte de Justiça.

A reclamação nº 4432 pode ser considerada como uma evolução da 383 uma vez que assegura a independência do parâmetro de controle da norma

²⁸⁵ Princípio genérico do direito alemão (p. 40-41 do voto do Min. Moreira Alves na Rcl nº 383) e também no direito norte-americano "todas as leis federais válidas são superiores – e se sobrepõem – a qualquer lei estadual que conflite com elas" (FINE 2011, p. 50).

constitucional estadual ou distrital que apenas faz referência às normas da Constituição Federal.

Ou seja, se a norma da Constituição Estadual dispõe que naquele assunto são aplicadas as normas da Constituição Federal, essa referência expressa assegura a competência do Tribunal de Justiça estadual julgar eventual ação direta de inconstitucionalidade sobre o assunto, pois a norma violada terá sido da Constituição estadual e não federal, que atrairia a competência exclusiva do STF.

O entendimento acima exposto teve o mérito de afastar, de início, da competência do Supremo de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade cujo parâmetro de controle era de normas das constituições estaduais que reproduzem normas da Constituição Federal, reservando para si a palavra final por ocasião de eventual recurso extraordinário.

A lógica inicial se revelou falaciosa diante da impossibilidade de diferenciar o recurso extraordinário oriundo dessa demanda dos demais recursos interpostos em lides subjetivas também julgadas pelos Tribunais de Justiça. Como demonstrado, a classificação dos apelos extraordinários oriundos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal receberam várias identificações sem precisar sua distinção inata.

Com a evolução ampliativa na jurisprudência do Supremo, as normas de referência da Constituição Federal nas Cartas Políticas estaduais também deverão receber tratamento diferenciado.

5.4.2 A RELATIVIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AGRG NO AI 375011/RS

O Município de Porto Alegre por meio da Lei nº 7.428/94, alterada pela Lei nº 7.539/94, estabeleceu o reajuste automático semestral dos vencimentos dos servidores municipais pela variação de índice de inflação publicado pelo DIEESE – ICV (art. 7º).

O artigo 7º da lei municipal citada teve sua inconstitucionalidade arguida perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (ADI nº 595.067.943). O Órgão Especial da Corte estadual decidiu pela constitucionalidade do dispositivo normativo municipal impugnado em face da Constituição estadual.

Do acórdão foi interposto recurso extraordinário pela municipalidade ao STF que ao julgar o apelo extremo (RE 251.238/RS, rel. Min. Nelson Jobim), declarou a inconstitucionalidade da norma municipal.

Desse modo tem-se que o STF já havia declarado a inconstitucionalidade em tese, em processo objetivo, com efeitos erga omnes, da lei municipal de Porto Alegre sem que, contudo, tal entendimento fosse aplicado às demandas individuais sobre o mesmo tema.

Mesmo sem que os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário estivessem presentes, em outro processo, mas sobre o tema, o STF por meio da Segunda Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso extraordinário que atacava a lei municipal anteriormente declarada inconstitucional pelo próprio STF.

O acórdão é relevante diante do reconhecimento da relatividade dos requisitos processuais que terminam por impedir, em casos concretos, o conhecimento pelo STF, por questões formais, de violações à Constituição Federal e também por trazer à lume o controle direto de constitucionalidade de lei municipal frente a Constituição Federal ocorrida no RE 251.238/RS.

5.4.3 A EFICÁCIA *ERGA OMNES* DE DECISÃO PROFERIDA EM CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE – RECLAMAÇÃO Nº 4335 E SÚMULA VINCULANTE Nº 26 DO STF

A importância da Reclamação nº 4335 se dá muito mais em razão do momento em que surgiu do que a resolução do problema decorrente da eficácia *erga omnes* das decisões plenárias proferidas pelo STF. No HC 82.959/PI o STF, por maioria de votos (6x5) revisa entendimentos anteriores e declara a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 que vedava a progressão de regime ao condenado por crime hediondo.

Os efeitos da decisão proferida no *writ*, diante da natureza do sistema de controle de constitucionalidade adotado no país, seria restrita apenas ao paciente e a eficácia *erga omnes* seria alcançada após a edição de resolução do Senado Federal nos termos do art. 52, inciso X da Constituição Federal.

Ocorre porém, que a Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários interessados condenados que cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos, em razão da ausência de eficácia *erga omnes* em decisão proferida no modelo difuso de controle de constitucionalidade.

Apesar dos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes, relator, e Eros Grau, julgando procedente o pedido, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, e dos inúmeros artigos, teses e manifestações doutrinárias acerca da possível mutação constitucional e da objetivação do sistema difuso de controle de constitucionalidade²⁸⁶, destaca-se que o assunto²⁸⁷ perdeu relevância diante da aprovação da Súmula vinculante nº 26 e da Lei nº 11.464, de 2007, que deu nova redação ao § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990²⁸⁸.

A Súmula vinculante mencionada encontra-se assim redigida

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico²⁸⁹.

Percebe-se assim, que a edição da súmula vinculante solveu os problemas decorrentes da ausência de resolução editada pelo Senado Federal para dotar de eficácia *erga omnes* e vinculante a decisão proferida no HC 82.959/PI. A edição do verbete obrigatório quanto sua observância pelos demais órgãos do judiciário e do executivo resolveu os problemas mais urgentes decorrentes da mudança de

²⁸⁶ A objetivação do controle difuso na ordem jurídica brasileira; A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil; Precedentes Judiciais – legitimação pelo procedimento; A mutação constitucional; Mutação constitucional e democracia e Técnicas para compatibilização vertical.

²⁸⁷ Possibilidade ou não da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos após o julgamento e a alteração legislativa.

²⁸⁸ Art. 2º [...]

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 12/jan./2012.

²⁸⁹ Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0026vinculante.htm. Acesso em: 12/jan./2012.

entendimento da Corte sobre assunto tão tormentoso, no entanto, trata-se apenas de um arremedo para remendar um instituto importado no início da república sem o contingente social e jurídico necessário para o controle judicial de constitucionalidade já abordado no trabalho.

Assim, trata-se do *stare decisis* à brasileira, que resolve os problemas imediatos mas que cria novas dificuldades para o futuro e torna o sistema mais anacrônico.

5.4.4 SUSTENTAÇÃO ORAL DO AMICUS CURIAE E ABERTURA PROCEDIMENTAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RREE 416827 E 415454

Os acórdãos são relevantes por seu ineditismo, pois permitiram a abertura do procedimento no processo civil brasileiro para admitir a manifestação de interessados fora das figuras processuais conhecidas de terceiros interessados. A participação do *amicus curiae*, especialmente no julgamento do recurso extraordinário, por decisão do Plenário do STF inspirou o legislador em facultar essa figura no processo nos tribunais no incidente processual da declaração de inconstitucionalidade (arts. 480 a 482 do CPC).

A questão constitucional, compatibilidade entre a norma ordinária com a constituição, não é um assunto restrito às partes litigantes, em razão de pretensões resistidas, mas interessam a toda a sociedade que busca ser regida por normas perfeitamente adequadas e alinhadas com a Constituição Federal.

O INSS interpôs recurso extraordinário contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, inciso III, "a" da CF, que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei nº 9.032/95.

Duas entidades representante de aposentados requereram a admissão nos autos na condição de *amici curiae*, inclusive com o direito de sustentação oral no julgamento, e o relator levou o assunto ao Plenário em questão de ordem.

O Relator, em seu voto admitiu as petionárias como *amici curiae* e ainda apresentou a evolução legislativa e jurisprudencial do próprio STF²⁹⁰ a respeito da abertura procedimental no recurso extraordinário.

Igualmente, a questão se renova nos recursos extraordinários decorrentes de ações diretas de inconstitucionalidade admitidos diante de sua natureza eminente objetiva.

5.4.5 CAUSA PETENDI ABERTA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RREE 298694 E 300020

Convencionou-se denominar *causa petendi aberta* a possibilidade da Corte conhecer e julgar o recurso extraordinário por fundamento outro que o não levantado pela parte. Os recursos extraordinários acima mencionados seriam exemplo desse entendimento.

Os recursos tratam do mesmo tema e por isso poderão ser tratados em conjunto, com eventual excepcionalidade que poderá ser objeto de ressalva. Discutia-se a inconstitucionalidade de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou procedente ação ordinária de cobrança de servidores públicos do Município de São Paulo que buscavam o direito ao reajuste de seus vencimentos em fevereiro de 1995 de acordo com o estipulado pelas Leis nº 10.688/88 e 10.722/89, expressamente revogadas por lei municipal posterior (Lei nº 11.722/95) promulgada e publicada no mês de fevereiro de 1995 e vigência a partir do primeiro dia daquele mês e ano.

O apelo extremo interposto pela municipalidade alegava a violação ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI da CF), tema esse já decidido pelo STF quanto ao direito de reajuste salarial examinado no MS 21.216 (Pleno, Gallotti).

A importância do acórdão refere-se ao debate estabelecido entre o relator e o Min. Moreira Alves, que defendia não ser lícito ao Tribunal conhecer e julgar o

²⁹⁰ Citou o Min. Gilmar Mendes as leis: 1) Lei nº 9.868/99 (arts. 7º, 18 e 29 que acrescentou os §§ 1º, 2º e 3º ao art. 482 do CPC); 2) Lei nº 9.882/99 (art. 6º, § 1º) e 3) Lei nº 10.259/01 (art. 14, § 7º). Quanto à jurisprudência, apontou as ADI's nº s 2.675/PE e 2.777/SP, julgadas em 2003 e a ADI 2.690/RN, julgada em 07/06/2006.

recurso por fundamento diverso daquele sustentado pelo recorrente em suas razões recursais.

O relator afastou antiga jurisprudência da Corte no sentido de conhecer do recurso apenas para negar provimento ao recurso extraordinário, e portanto, manter o acórdão recorrido, por fundamento diverso do que o alegado pela parte.

Apesar de relevante, pois o relator examinou um tema muito criticado na doutrina processual acerca da diferença entre os juízos de admissibilidade e de mérito do recurso²⁹¹, permanece ainda a dúvida a respeito se poderia a Corte conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário por fundamento diverso daquele sustentado pelo recorrente ?

Como resultado do exposto, constata-se que o Supremo possui ampla competência, tanto originária quanto recursal, para conhecer e julgar a questão constitucional, seja em face do ato normativo federal, estadual e municipal, especialmente a decorrente de recurso extraordinário em ADI estadual, sem eficácia geral e efeito vinculante em tais decisões.

Além disso, percebe-se que as decisões proferidas pela Corte nos modelos difuso e direto de constitucionalidade não seguem padrões formais de lógica, especialmente quanto à natureza do processo e os efeitos da decisão.

Desse modo, a atuação da Corte prescinde de melhor especificação para aprimora-la e propiciar uma prestação jurisdicional consentânea com o tríplice papel que desempenha: Corte Constitucional, órgão de cúpula do Judiciário nacional e Tribunal da federação.

²⁹¹ Por todos, vide José Carlos Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 258 e seguintes.

CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade, corolário do constitucionalismo, assegura a higidez da Constituição como expressão central da organização do Estado brasileiro pós-moderno. Dotado de dois sistemas surgidos sucessivamente na história, sendo o primeiro de matriz norte-americana e o segundo austríaco, o controle de constitucionalidade nacional é um dos mais amplos e completos do direito ocidental.

O modelo difuso, implantado com a república, implica na sindicabilidade da compatibilidade entre a norma legal e a norma constitucional como questão prejudicial ao exame do mérito da pretensão deduzida em juízo, de competência de todo juiz ou tribunal.

O modelo abstrato significa, no entanto, que a compatibilidade entre a norma inferior com a constitucional é deduzida diretamente no pedido da ação a ser julgada pelo Tribunal Constitucional como pedido principal. A Constituição Federal previu duas cortes competentes originariamente para tal exame: o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça.

Cada Corte esquadriharia a questão constitucional segundo as normas das constituições respectivas, o STF segundo a Constituição Federal, os Tribunais de Justiça de acordo com as Constituições Estaduais. Desse modo, restaria preservada a competência privativa do Supremo Tribunal Federal de atuar exclusivamente no controle abstrato de constitucionalidade da norma constitucional.

No entanto, dois fatos alteraram significativamente esse desenho institucional. O primeiro decorreu da atuação *ultra vires* do Poder Constituinte Decorrente que reproduziu, nas cartas estaduais, normas da Constituição Federal, conforme demonstrado alhures, tal comportamento é recorrente na história constitucional brasileira. Normas da constituição federal, reproduzidas nas Cartas Estaduais, seriam interpretadas pelos Tribunais de Justiça por ocasião do controle abstrato. O tema foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu não ser ofensivo à Constituição desde que a questão constitucional ficasse aberta à competência recursal do STF, por meio de recurso extraordinário.

A compatibilidade entre a norma constitucional, reproduzida na Constituição Estadual, e a norma infralegal deveria ser da competência originária do Supremo

Tribunal Federal, diante da previsão expressa do papel de guardião da Constituição. Surgiu, assim, um novo sistema de controle de constitucionalidade tendo como parâmetro a norma constitucional reproduzida na Constituição Estadual, inicialmente abstrato perante a Corte de Justiça e concreto perante o STF.

O recurso extraordinário oriundo de acórdão proferido em ação direta de constitucionalidade julgada por TJ tem pois natureza híbrida ao trilhar entre o sistema direto ou abstrato, na origem, e, o concreto ou difuso, na fase recursal. Como demonstrado, tal recurso extraordinário não tem tratamento diferenciado quanto à sua: autuação, classificação processual, conhecimento e ainda quanto ao julgamento do mérito.

Diante de tal contexto, a pesquisa formulou a hipótese que tal realidade formaria uma junção (simbiose) entre os modelos, ou, como constatado ao final, significou uma aplicação estanque das regras referentes ao controle difuso, na fase recursal.

O recurso extraordinário surgido da hipótese examinada não recebeu a devida atenção pelo STF, o que poderia trazer consequências imprevistas dentre as quais, a transformação da Corte Estadual em autêntica Corte Constitucional, diante da impossibilidade de revisão de seus acórdãos proferidos em controle abstrato de constitucionalidade tendo como parâmetro de controle a norma constitucional reproduzida na Carta Estadual.

Desse modo, a pesquisa identificou a imperiosidade de diferenciação dessa espécie de recurso extraordinário a impor alterações na legislação processual e no regimento interno do STF, no sentido de melhor classificação e definição de normas processuais e procedimentais específicas aplicáveis a essa nova espécie de RE. Especialmente, quando foi constatada a transferência da interpretação final do STF para o TJ, quando a Constituição impõe o inverso.

Quanto à classificação inicial perante o Supremo, sugere-se RE-ADI, o que facilitaria a pesquisa e a sistematização. Além disso, o provimento do recurso em acórdão que julgou improcedente ou parcialmente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade estadual ou distrital, implicaria, ipso facto, em declaração de inconstitucionalidade do ato normativo estadual ou distrital impugnado, fazendo-se necessário o julgamento pelo Plenário nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Finalmente, é preciso acrescentar que essa nova espécie recursal mereceria tratamento diferenciado no Supremo Tribunal Federal no sentido de escolha entre a valorização da norma constitucional interpretada pela Corte Estadual contrariamente ao seu entendimento, ou a relevância dos requisitos procedimentais de admissibilidade do apelo extremo.

6 BIBLIOGRAFIA

ZAVASCKI, T. A. (2001). *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

WEICHERT, M. A. (2003). O Recurso extraordinário no Controle Abstrato de Constitucionalidade. In: W. C. ROTHENBURG, & A. R. TAVARES, *Aspectos atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

VALLE, G. (2002). *Dicionário de expressões jurídicas: latim - português* (2 ed.). Campinas, SP: Copola Livros.

VARGAS, D. S. (2008). *Lei Orgânica do Distrito Federal - Comentada* (4 ed ed.). Brasília, DF: Obscursos Editora.

VIANA, C. H. (n. 27 de jan/mar de 2008). A judicialização da política. *Revista do Ministério Público* .

AZEM, G. N. (1 de Abr./Jun. de 2011). A instrumentalidade objetiva do recurso extraordinário. *Revista de Informação Legislativa* , 190, pp. 205-210.

Academia Brasileira de Letras. (2008). *Dicionário escolar da língua portuguesa* (2 ed.). São Paulo, SP: Companhia Editora Nacional.

ACKERMAN, B. (2006). Marbury versus Stuart. In: J. G. Asturias (Ed.), *Fundamentos Cuadenos Monográficos de Teoría Del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* (p. 441). Oviedo, Asturias: Junta General del Principado de Asturias.

ALEXY, R. (2008). *Constitucionalismo Discursivo* (2 ed.). (L. A. HECK, Trad.) Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado.

ALENCAR, Ana Valderez A. N., RANGEL, Leyla Castello Branco. (1986). *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações* (Vol. I). Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

ALMEIDA, F. D. (2006). *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

ALMEIDA, F. M. (2005). *Competências na Constituição de 1988* (3 ed.). São Paulo, SP: Atlas.

AMARAL JÚNIOR, J. M. (1 de Fevereiro de 2008). Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de o Espírito das Leis. *Revista dos Tribunais* , 868, pp. 53-68.

AMARAL JÚNIOR, J. (2006). *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

APPIO, E. (1 de Jan./mar. de 2005). A teoria da inconstitucionalidade induzida. *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*, 10 (35), pp. 70-79.

ASSIS, M. (1997). *Memórias Póstumas de Brás Cubas*. São Paulo, SP: Globo.

BAUMAN, Z. (2011). *44 cartas do mundo líquido moderno*. (V. PEREIRA, Trad.) Rio de Janeiro, RJ: Zahar.

BALEEIRO, A. (1975). Uma Nova Estrutura do Judiciário e o STF. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 93-124.

BALEEIRO, A. (1968). *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

BALEEIRO, A., & SOBRINHO, B. (2001). *Constituições Brasileiras: 1946* (Vol. V). Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

BALEEIRO, A., BRITO, L. N., & CAVALCANTI, T. B. (2001). *Constituições Brasileiras: 1967* (Vol. VI). Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

BASTOS, C. R. (1992). *Curso de Direito Constitucional* (14 ed ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

BASTOS, C. R. (1986). *Curso de teoria do Estado e ciência política*. São Paulo, SP: Saraiva.

BARACHO, J. O. (2005). Teoria geral da Justiça Constitucional. In: I. S. MARTINS, G. F. MENDES, & A. R. TAVARES, *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos* (pp. 445-488). São Paulo, SP: Saraiva.

BARACHO, J. (1986). *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

BARBI, C. A. (Out de 1967). Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, pp. 45-63.

BARBOSA MOREIRA, J. C. (1 de março/abril de 2005). A redação da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma da Justiça). *Revista Forense*, 378, pp. 39-46.

- BARBOSA MOREIRA, J. (1998). *Comentários ao Código de Processo Civil* (7 ed ed., Vol. V). Rio de Janeiro, RJ: Forense.
- BETTI, E. (1936). *Diritto Processuale Civile Italiano* (2 ed ed.). Roma.
- BITTENCOURT, C. L. (1997). *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis* (2 ed.). Brasília, DF: Ministério da Justiça.
- BOVERO, M. (2002). *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. (D. B. VERSIANI, Trad.) Rio de Janeiro, RJ: Campus.
- BOBBIO, N. (1992). *A era dos direitos*. (C. N. COUTINHO, Trad.) Rio de Janeiro, RJ: Campus.
- BOBBIO, N. (1992). *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política* (4 ed.). (M. A. NOGUEIRA, Trad.) São Paulo, SP: Paz e Terra.
- BOBBIO, N. (1994). *Teoria do ordenamento jurídico* (4 ed.). (C. CICCIO, & M. C. SANTOS, Trans.) Brasília, DF: Universidade de Brasília.
- BOBBIO, N. (2000). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. (D. B. VERSIANI, Trad.) Rio de Janeiro, RJ: Campus.
- BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., & PASQUINO, G. (1993). *Dicionário de política* (5 ed., Vol. II). (C. C. VARRIALE, Trad.) Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília.
- BONAVIDES, P. (1996). *Curso de Direito Constitucional* (6 ed.). São Paulo, SP: Malheiros.
- BONAVIDES, P. (1994). *Ciência Política* (10 ed.). São Paulo, SP: Malheiros.
- BRANCO, P. G., COELHO, I. M., & MENDES, G. F. (2007). *Curso de Direito Constitucional*. Brasília, DF: Saraiva.
- BRANCO, P., COELHO, I., & MENDES, G. F. (2007). *Curso de Direito Constitucional* (1 ed ed.). São Paulo, SP: Saraiva.
- BRANCO, P., COELHO, I., & MENDES, G. (2002). *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais* (1 ed.). Brasília, DF: Brasília Jurídica.
- CAETANO, M. (1977). *Direito Constitucional* (Vol. I). Rio de Janeiro, RJ: Forense.
- CAETANO, M. (2009). *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* (6 ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. G. (1993). *Direito Constitucional* (6 ed.). Coimbra, PT: Livraria Almedina.

CANOTILHO, J. G. (1999). *Direito Constitucional e teoria da Constituição* (3 ed.). Coimbra, PT: Livraria Almedina.

CAMAZANO, J. B. (2005). *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

CAPPELLETTI, M. (1984). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. (A. P. GONÇALVES, Trad.) Porto Alegre, RS: Fabris.

CARVALHO, M. M. (1994). A Construção do saber científico: algumas posições. In: M. M. CARVALHO, *Construindo o saber: Metodologia científica - fundamentos e técnicas*. Campinas, SP: Papyrus.

CERQUEIRA, M. (2005). Recado ao tempo: Democracia e Segurança Jurídica. In: C. L. ROCHA, *Constituição e Segurança Jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte, MG: Fórum.

CINTRA, A. A., DINAMARCO, C. R., & GRINOVER, A. P. (2002). *Teoria Geral do Processo* (18 ed.). São Paulo, SP: Malheiros.

CHEVALLIER, J. (2009). *O Estado Pós-Moderno*. (M. JUSTEN FILHO, Trad.) Belo Horizonte, MG: Fórum.

COELHO, I. M. (2010). *Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica*. São Paulo, SP: Saraiva.

COELHO, I. M. (2007). *Interpretação Constitucional* (3 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

Conselho da Justiça Federal. (12 de Novembro de 2011). Acesso em 12 de Novembro de 2011, disponível em Breve histórico da Justiça Federal: <http://www.cjf.jus.br>

CONTINENTINO, M. C. (2006). *Revisitando os fundamentos do Controle de Constitucionalidade: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília.

COMPARATO, F. K. (2003). *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos* (3 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

COSTA PORTO, W. (2001). *Constituições Brasileiras: 1937* (Vol. IV). Brasília, DF: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

COSTA PORTO, W. (1999). *Constituições Brasileiras: 1967* (Vol. VI a). Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

CRUZ, P. M. (n. 366 de jun de 2009). Repensar a democracia. *Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 31.

CROSARA, D. M. (2010). Arts. 102 a 110. In: A. d. FERRAZ, & A. d. MACHADO, *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo* (pp. 632-729). Barueri, SP: Manole.

Editora Saraiva. (2010). *Vade Mecum Saraiva* (9 ed.). (A. PINTO, M. WINDT, & L. CESPEDES, Eds.) São Paulo, SP: Saraiva.

Editora Saraiva. (2011). *Códigos Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal e legislação complementar* (7 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

Emendas à Constituição de 1946; nº 16: reforma do Poder Judiciário. (1968). Brasília, DF: Biblioteca da Câmara dos Deputados, Seção de Referência e Circulação.

DUTRA, C. (2005). *O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*. São Paulo, SP: Saraiva.

DA SILVA, K. A. (1 de Setembro de 2009). *Direito Público*. Acesso em 27 de Agosto de 2011, disponível em [ldp.edu.br: www.direitopublico.idp.edu.br/indez.php/direitopublico/article/view/749/651](http://ldp.edu.br/www.direitopublico.idp.edu.br/indez.php/direitopublico/article/view/749/651)

DA SILVA, O. B. (1991). *Curso de Processo Civil* (2 ed., Vol. I). Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor.

DA SILVA, O. B. (1991). *Curso de Processo Civil* (2 ed., Vol. I). Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor.

DALLARI, D. A. (1995). *Elementos de Teoria Geral do Estado* (19 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

DELGADO, L. (2008). Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeção do futuro. In: M. F. DIAS, & F. H. PEREIRA, *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte, MG: Fórum.

DIDIER JUNIOR, F., & CUNHA, L. C. (2009). *Curso de direito processual civil - meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais* (7 ed., Vol. III). Salvador, BA: Podvm.

DINAMARCO, C. R. (2003). *Instituições de Direito Processual Civil* (3 ed., Vol. III). São Paulo, SP: Malheiros Editores.

FEREJOHN, J., & PASQUINO, P. (2009). Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas. In: A. A. BIGONHA, & L. MOREIRA, *Limites do Controle*

de *Constitucionalidade* (J. S. MOURA, Trad., pp. 41-63). Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1980). *A Ciência do Direito* (2 ed.). São Paulo, SP: Atlas.

FERRAZ, A. d. (1979). *Poder Constituinte do Estado-membro*. São Paulo, SP: RT.

FERRARI, R. M. (1994). *Controle da constitucionalidade das leis municipais* (2 ed.). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

FERRARI, R. M. (1992). *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade* (3 ed.). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

FERREIRA FILHO, M. (1972). *A democracia possível*. São Paulo, SP: Saraiva.

FERREIRA FILHO, M. (2010). *Curso de direito constitucional* (36 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

FERREIRA, L. P. (1 de Jul./Set. de 1987). A Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, 95, pp. 85-116.

FERREIRA, O. A. (2003). *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo, SP: Editora Método.

FINE, T. M. (2011). *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano*. (E. SALDANHA, Trad.) São Paulo, SP: Martins Fontes.

GÓES e VASCONCELLOS, Z. (1978). *Da natureza e limites do poder moderador* (Vol. III). Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília.

GONÇALVES, V. F. (1999). *O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal*. Brasília, DF: Brasília Jurídica.

IGLÉZIAS, P. D. (2010). República federal e organização do Poder Judiciário. In: C. G. MOTA, & G. N. FERREIRA, *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileira (de 1850 a 1930)*. São Paulo, SP: Saraiva.

HOUAISS, A., VILLAR, M. S., & FRANCO, F. d. (2001). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* (1 ed.). Rio de Janeiro, RJ: Objetiva.

HORTA, R. M. (1995). *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey.

KUHN, T. (2000). *A Estrutura das revoluções científicas*. (B. V. BOEIRA, & N. BOEIRA, Trads.) São Paulo, SP: Editora Perspectiva.

KELSEN, H. (2007). *Jurisdição Constitucional* (2 ed.). (A. KRUG, E. BRANDÃO, & M. P. GALVÃO, Trans.) São Paulo, SP: Martins Fontes.

KELSEN, H. (1992). *Teoria Geral do Direito e do Estado* (2 ed.). (L. BORGES, Trad.) São Paulo, SP: Martins Fontes.

KELSEN, H. (1984). *Teoria Pura do Direito* (4 ed.). (J. MACHADO, Trad.) São Paulo, SP: Martins Fontes.

KLIPPEL, R., & BASTOS, A. A. (2011). *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.

LASSALLE, F. (2001). *A Essência da Constituição* (6 ed.). Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.

LEAL, V. N. (1 de Jul/Set de 1981). Passado e futuro da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, pp. 1-20.

LEONCY, L. (2007). *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo, SP: Saraiva.

NASCENTES, A. (1988). *Dicionário da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras*. Rio de Janeiro, RJ: Bloch.

NATAL, G. (1918). A Reforma da Justiça Federal. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 16, 3-630.

NEVES, M. (2007). *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo, SP: Martins Fontes.

NERY JUNIOR, N. (1996). *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos* (3 ed.). São Paulo, SP: RT.

NINO, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

NOGUEIRA, O. (2001). *Constituições Brasileiras: 1824* (Vol. I). Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

MAXIMILIANO, C. (2005). *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial.

MADISON, J., HAMILTON, A., & JAY, J. (1993). *Os Artigos Federalistas 1787 - 1788*. (M. X. BORGES, Trad.) Rio de Janeiro, RJ: Nova Fronteira.

MARSHALL, J. (1997). *Decisões Constitucionais de Marshall*. (A. LOBO, Trad.) Brasília, DF: Ministério da Justiça.

MARTINS FILHO, I. d. (1 de Janeiro de 2001). *Planalto*. Acesso em 15 de Novembro de 2011, disponível em Revista Virtual: www.planalto.gov.br/ccivil

MENDES, G. F. (1990). *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, SP: Saraiva.

MENDES, G. F. (2011). *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional - 2002-2010*. São Paulo, SP: Saraiva.

MENDES, G. F. (1 de Junho de 2009). *Direito Constitucional - Controle de Constitucionalidade*. Acesso em 5 de Agosto de 2011, disponível em http://d.yimg.com/kq/groups/20620421/1644597241/name/Controle_de_Constituionalidade.pdf

MENDES, G. F. (2003). O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: H. L. MEIRELLES, *Mandado de Segurança* (26 ed., pp. 455-499). São Paulo, SP: Malheiros.

MENDES, G. F. (s.d.). O processo de objetivação do recurso extraordinário.

MIRANDA, J. (2009). *Teria do Estado e da Constituição* (2 ed.). Rio de Janeiro, RJ: Forense.

MONTESQUIEU, C. b. (2007). *Do Espírito das Leis*. (J. MELVILLE, Trad.) São Paulo, SP: Martin Claret.

ODAHARA, B. P. (2010). Um rápido olhar sobre o Stare decisis. In: L. G. MARINONI, *A Força dos Precedentes*. Salvador, BA: JusPODIVM.

QUINTILIANO, M. F. (1944). *Instituições Oratórias* (Vol. I). (J. Perez, Ed., & J. S. BARBOSA, Trad.) São Paulo, SP: Edições Cultura.

PAES, F. C. (2008). *A Repercussão geral no recurso extraordinário breves considerações sobre o tema*. Dissertação de mestrado, Pontífica Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

POLETTI, R. (2001). *Constituições Brasileiras: 1934* (Vol. III). Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

SANTOS FILHO, J. (1 de Nov./Dez. de 2009). Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Público*, 30, pp. 212-225.

SAMPAIO, J. A. (2002). *A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey.

SCLIAR, M. (2005). O que você precisa ler - ficção. In: J. PINSKY (Ed.), *Cultura e elegância* (2 ed.). São Paulo, SP: Contexto.

SEGADO, F. F. (2009). *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado* (Vol. I). Madrid: Dykinson.

SEGADO, F. F. (1 de Out-Nov-Dez de 2003). La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano - Modelo Europeo - Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Direito Público*, 2, pp. 56-87.

SILVA, J. A. (2003). *Direito Constitucional Positivo* (22 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

SOUZA, B. H. (1978). *Do Poder Moderador: ensaio de direito constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição Política do Brasil* (Vol. VII). Brasília, DF: Senado Federal.

RAMOS, D. T. (1998). *Controle de Constitucionalidade por via de ação*. São Paulo, SP: Madras Livraria e Editora.

RAMOS, P. B. (2000). *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil*. São Paulo, SP: Celso Bastos Editor.

REALE, M. (2002). *Lições preliminares de Direito* (27 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

ROUSSEAU, J.-J. (1989). *O contrato social*. (A. DANESI, Trad.) São Paulo, SP: Martins Fontes.

ROCHA, F. X. (2003). *Controle de Constitucionalidade das Leis municipais* (2 ed.). São Paulo, SP: Atlas.

RODRIGUES, L. B. (1992). *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano* (2 ed ed.). Rio de Janeiro, RJ: Editora Civilização Brasileira.

TAVARES, A. R. (2005). *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo, SP: Saraiva.

TEIXEIRA DE FREITAS, A. (1882). *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, RJ: B.L. Garnier - Livreiro Editor.

TEIXEIRA, S. F. (1 de Nov./Dez de 2000). A Súmula e sua evolução no Brasil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, 179, pp. 15-34.

TEMER, M. (2002). *Elementos de Direito Constitucional* (18 ed.). São Paulo, SP: Malheiros.

TOCQUEVILLE, A. (2010). *A democracia na América*. (N. R. SILVA, Trad.) São Paulo, SP: Folha de S. Paulo.

TRIGUEIRO, O. (1980). *Direito constitucional estadual*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

TRIGUEIRO, O. (1982). O Supremo Tribunal Federal no Império e na República. In: J. MARINHO, & R. ROSAS, *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal* (pp. 7-24). Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília.